Adalberto Narciso Hommerding

HISTÓRIA DO DIREITO

Reflexões histórico-compreensivas sobre o fenômeno jurídico

Apesar de a empreitada envolver, em boa parte, descrição, como é comum quando se trabalha com a História do ponto de vista de uma historiografia, a presente obra também procura desenvolver algumas reflexões, que eu chamaria de histórico-compreensivas, sobre o fenômeno jurídico. Quero dizer com isso que tento, aqui, ampliar um pouquinho mais os horizontes de compreensão do que representam para a humanidade o movimento de evolução do Direito e as instituições que dessa evolução decorrem. Daí a minha preocupação de, na maioria dos capítulos, tecer algumas considerações e críticas que entendo pertinentes sobre as consequências/implicações, para o homem e suas instituições sociais, de determinados sistemas de direito, períodos históricos e movimentos revolucionários, tais como, por exemplo, o direito das comunidades primitivas, a Antiguidade Greco-romana e a Revolução Francesa de 1789. Mais que isso, porém, o livro tem pretensões didáticas, pois se destina aos alunos da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, campus de Santo Ângelo/RS, onde leciono. Por isso o conteúdo da obra e a sequência dos capítulos: seguem o programa da disciplina de História do Direito nessa instituição de ensino.

História do Direito

História do Direito

Reflexões histórico-compreensivas sobre o fenômeno jurídico

Adalberto Narciso Hommerding

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Lucas Margoni
Fotografia de Capa: Giammarco Boscaro - giamboscaro.me

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

HOMMERDING, Adalberto Narciso

História do Direito: reflexões histórico-compreensivas sobre o fenômeno jurídico [recurso eletrônico] / Adalberto Narciso Hommerding -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

290 p.

ISBN - 978-65-5917-092-0
DOI - 10.22350/9786559170920

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. História; 2. Direito; 3. Fenômeno jurídico; 4. Reflexões; 5. Filosofia; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Para Helena Krein Hommerding, a *bela*, Pedro Krein Hommerding, o *anjo* (*in memoriam*), e Catarina Krein Hommerding, a *imaculada*, meus filhos amados; Cleide Maria Krein Hommerding, minha esposa; Vanir Hommerding, minha mãe, e Valdir Narciso Hommerding, meu querido e amado pai (*in memoriam*), com muito amor.

Agradecimentos

À Professora-Doutora Charlise Paula Colet Gimenez, que me proporcionou a oportunidade de lecionar a disciplina de *História do Direito* na Graduação em Direito da URI, *campus* de Santo Ângelo/RS.

Ao Professor Odécio ten Caten, Mestre em Direito, meu amigo e amigo do meu querido pai, que gentilmente aceitou o convite para prefaciar a obra.

Sumário

Prefácio

Odécio ten Caten

O Direito é resultado de uma construção histórica. Todos os povos, em todos os tempos, aprenderam com outros.

Direito não é só lei. Sabemos que nem toda lei é Direito e nem todo o Direito está na lei. Considere-se, ainda, a possibilidade de a lei, às vezes, ser injusta. Antes de legislado, o Direito era consuetudinário. Costumes reiteradamente aceitos como reguladores da vida cotidiana entre os povos passaram a ser norma coletiva.

O estudo da História é, em geral, pouco apreciado nas escolas. O foco está mais em *ditar* como aconteceram os fatos ao invés de *interpretá-los*. Por isso, oportuno que o livro inicie com reflexões sobre uma Hermenêutica, necessária e útil para revelar o sentido verdadeiro dos acontecimentos que a História deixou registrados.

Vigem no mundo atual nove sistemas jurídicos (formas de julgar), formulados e solidificados ao longo do tempo. Para chegar até aqui, há que resgatar as informações desde a legislação cuneiforme, datada de 1850 a. C., do povo de Esnunna, na Babilônia. Mais conhecido ficou o Código de Hamurabi.

Do Oriente, ficou a herança do Direito Hindu, consolidado no Código de Manu.

Dois sistemas, fortemente influenciados pela religião, são o Direito Hebreu e o Direito Islâmico.

Os povos que falam uma das cinco línguas originadas do Latim adotam o Direito Romano. Os romanos aprenderam muito com os gregos, construindo um gigantesco monumento jurídico a servir a tantos povos.

Incorporaram, também, influências bárbaras, especialmente visigóticas, que explicam o seu acentuado dogmatismo e legalismo.

A modernidade iniciou com a Revolução Francesa. Como legado, ficou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Conheci o autor deste livro durante o Mestrado em Direito, enquanto colega de turma. Desde lá, aprendi a admirar sua *inquietude acadêmica*, sempre estudando e em busca de mais conhecimento. Tive o privilégio de travar com ele alguns debates filosóficos.

Nasceu uma amizade que se manteve. Antes, já me honrara com a apresentação de outros dois livros seus perante os auditórios formados para os eventos de lançamento. Também, com a correção de sua tese de Doutorado em Direito.

Agora, o irrecusável convite para este prefácio, de uma profunda pesquisa em História do Direito. Vai servir muito a seus inúmeros alunos e a outros estudiosos do tema.

Apesar de toda a seriedade e extensão de consultas para a redação destas páginas, fiquemos atentos: a História, por certo, não mostra tudo.

Ao Adalberto (o amigo *Beto*), insubstituível, nesta hora, a saudação que os romanos consagraram: *Ad multos annos*! (Para muitos anos).

Introdução

John Gilissen[1], na *Introdução* da sua importantíssima *Introdução histórica ao direito*, faz referência a um ensinamento de H. de Page, tratadista do Direito Civil belga, no sentido de que, quanto mais avançamos no direito – De Page, aqui, fazia alusão ao direito civil -, mais constatamos que a *História*, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é a única capaz de explicar o que as nossas instituições são e porque é que são as que existem. É com os olhos postos nas lições do mesmo Gilissen, no sentido de que o direito de cada país não foi criado de um dia para o outro, ou seja, não foi instituído, mas que é consequência, sim, de uma evolução secular[2], que procuro, neste livro, trazer uma pequena parte dessa evolução a partir da exposição de alguns sistemas jurídicos de relevo e de alguns momentos importantes na história (universal) do Direito.

Apesar de a empreitada envolver, em boa parte, *descrição*, como é comum quando se trabalha com a História do ponto de vista de uma *historiografia*, a presente obra também procura desenvolver algumas reflexões, que eu chamaria de *histórico-compreensivas*, sobre o fenômeno jurídico. Quero dizer com isso que tento, aqui, ampliar um pouquinho mais os horizontes de compreensão do que representam para a humanidade o movimento de evolução do Direito e as instituições que dessa evolução decorrem. Daí a minha preocupação de, na maioria dos capítulos, tecer algumas considerações e críticas que entendo pertinentes sobre as consequências/implicações, para o homem e suas instituições sociais, de determinados sistemas de direito, períodos históricos e movimentos

---

[1] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 13.

[2] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 14.

revolucionários, tais como, por exemplo, o direito das comunidades primitivas, a Antiguidade Greco-romana e a Revolução Francesa de 1789. Mais que isso, porém, o livro tem pretensões didáticas, pois se destina aos alunos da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, campus de Santo Ângelo/RS, onde leciono. Por isso o conteúdo da obra e a sequência dos capítulos: seguem o programa da disciplina de História do Direito nessa instituição de ensino.

Espero que o livro possa servir como uma espécie de *guia* para os alunos da referida disciplina. Sei, evidentemente, que longe está de esgotar quaisquer das temáticas históricas nele trabalhadas, pretensão que nunca tive, não tenho e nunca terei. Também sei que o texto - como, aliás, acontece em toda e qualquer obra humana - não está livre de imperfeições; mormente pelo fato de que foi escrito por um operador do direito, e não por um professor de História, com formação específica na disciplina. Curioso que sou, todavia, e por gostar de História desde os tempos de colégio – tenho sempre vivas na lembrança as figuras de Irma Teresinha de Mamann e do Irmão Marista Éldio Monteiro Lopes, meus queridos professores -, e, ainda, levando em conta que, na minha formação acadêmica e no meu dia a dia na condição de praticante do ofício jurídico, o estudo da filosofia, da hermenêutica e da sociologia é indispensável, mas *impossível* sem o conhecimento histórico da civilização e do direito, senti-me à vontade para escrever as linhas desenvolvidas daqui pra frente. E o fiz procurando escrevê-las da forma mais simples e direta possíveis, sempre pensando em contribuir para o aprendizado dos seus leitores. Oxalá o livro também possa *atiçar* em alguém o interesse pelo Direito e sua história, fazendo com que, vindo a lê-lo, possa vir a entender alguns dos *comos* e *porquês* de nossas instituições jurídicas – caso do Direito Processual, por exemplo - serem como são e existirem como tais, na linha das sempre atuais lições de Gilissen.

I

O caráter compreensivo da reflexão histórica sobre o Direito

1. Considerações iniciais

Quando se fala em Direito, é impossível não falar de *hermenêutica*, ou seja, da *interpretação* do direito, problema que acompanha a *compreensão* do fenômeno jurídico. E falar de compreensão é falar de *compreensão/interpretação/aplicação*[1]. Isso porque, com o chamado *giro linguístico*, ou seja, com a *guinada filosófica* da filosofia da consciência para a hermenêutica filosófica, ocorre uma *reviravolta hermenêutica* (Manfredo Araújo de Oliveira), que funde compreensão, interpretação e aplicação. Veja-se que, na tradição do *método*, o problema hermenêutico dividia-se em *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas applicandi* (aplicação). No momento, porém, em que se reconhece a unidade interna entre o compreender e o interpretar, o problema hermenêutico passa a receber um significado sistemático. A interpretação, então, deixa de ser um ato posterior e complementar à compreensão. Compreender, portanto, a partir do giro linguístico, é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. A linguagem, que passa da posição marginal para o centro da filosofia, e a conceptualidade da interpretação são agora reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão. A fusão interna

---

[1] Nesse sentido, indispensável a leitura de: GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. No Direito brasileiro, por todos: STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

da compreensão e da interpretação, porém, não pode se desconectar da aplicação. Isso porque na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido na situação atual do intérprete. Assim, a aplicação é um momento do processo hermenêutico tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação[2].

A teoria do direito, que não fica imune às influências da virada linguística na filosofia – e, consequentemente, da Hermenêutica Filosófica -, não se desliga da questão hermenêutica. Por estar ligado a essa questão, o estudo do direito, portanto, não mais pode se dar a partir de uma desvinculação da sua *existência histórica*, pois a compreensão, em si mesmo, é um processo que depende de uma *pré-compreensão* que, por sua vez, é vinculada à *historicidade*. Essa perspectiva a que me refiro, evidentemente, nada tem de nova, salvo para aqueles não iniciados. Já nas décadas de 70 e 80 do século passado, o Professor Nelson Saldanha[3] fazia acertadas advertências quanto à necessidade de a teoria jurídica fazer-se acompanhar de uma *hermenêutica das ciências sociais*, sem que o saber jurídico viesse a se confundir com o saber sociológico, histórico ou político, e sem que fosse *reduzido* a qualquer destes saberes. Saldanha, porém, não perdia de vista a necessidade de arregimentar enfoques críticos que envolvessem elementos históricos, antropológicos e filosófico-políticos, sem, é claro, prejudicar a *especificidade* do Direito. *Há séculos*, então, dizia Nelson Saldanha, a ciência jurídica era - e parece ainda ser assim - tratada como uma *sistemática conceitual*, como uma *técnica de certezas definitórias*. A partir da transição do século XIX para o século XX, no entanto, o Direito passou a ser considerado um *objeto cultural*, uma *ciência cultural*: mais voltada

---

[2] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 459-460. O intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro conhecendo, depois interpretando, para, finalmente, aplicar. No plano da hermenêutica (*ontologia da compreensão*), esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*. Logo, quando o intérprete interpreta um texto, estará no *entremeio* do *círculo hermenêutico*. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. Nesse sentido, consulte-se: GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 400-533. No Direito: STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

[3] SALDANHA, Nelson. Teoria do direito e crítica histórica. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 7-11.

para a *compreensão* que para o *explicar*; uma ciência de cunho *hermenêutico*, e não propriamente *definitório*.

Na época – e, pelo que se vê, não parece ter havido substancial alteração nesse quadro -, Saldanha considerava um dos mais *desafiadores paradoxos* do pensamento jurídico o fato de o Direito ser um conjunto de normas e de categorias conceitualmente situadas, e, ao mesmo tempo, sua compreensão não poder ser reduzida ao conceitual no sentido formal ou convencional do termo[4]. O Direito pensado na presença de um excessivo formalismo, de um radical formalismo, padece, assim, de um sério problema. É que o formalismo, em teoria do Direito, tende a dificultar a inserção do saber jurídico no conjunto das ciências sociais, dificultando, inclusive, a fruição integral dos legados científicos dos séculos passados. Daí o alerta de Nelson Saldanha no sentido de que a teoria jurídica não pode ignorar a problemática que vem sacudindo e reformulando os temas maiores em sociologia, teoria política e filosofia social. Por isso, segundo Saldanha, um *formalismo radical*, como o de Hans Kelsen, por exemplo, caracterizado basicamente pela *intransigência metodológica*, e não por uma postura *conciliatória*, está mais longe de conotar uma perspectiva histórica especial.

Os *radicalismos*, lembra o Professor Saldanha, são quase sempre *anti* ou *a-históricos*, o que vai de encontro ao cunho hermenêutico-interpretativo do saber social e à ideia de que o saber, em qualquer ciência social, se cumpre *na* história e *como* história. A reflexão histórica, assim, apresenta um caráter compreensivo, não radical e não dogmático. De aí decorrem dois dados importantes que devem ser levados em conta: o *caráter cumulativo da experiência histórica* – a cumulatividade da experiência histórica corresponde ao superar/conservar de Hegel e à ideia de progresso da consciência, tão cara a certos pensadores franceses – e o seu cunho *complexo* e *flexível*, explicado por Saldanha[5] nestes termos:

---

[4] SALDANHA, Nelson. Teoria do direito e crítica histórica. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 7-11.

[5] SALDANHA, Nelson. Teoria do direito e crítica histórica. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 10-11.

> A flexibilidade e a complexidade se manifestam, no plano especificamente cultural, como um trabalho de "entretecimento": através dos tempos, forma-se uma espécie de rede, urdida pelo vasto número de referências que vinculam entre si ideias e obras, historicamente dadas. Algo como aquilo a que Michel Foucault se referia ao falar na cultura como um código de ordenação – inclusive verbal – das coisas, e na concepção "escritural" da realidade, instaurada no Ocidente a partir do Renascimento. A ciência jurídica tem, através dos séculos sobretudo, acumulado uma vasta e espessa rede de teorias e de passagens conservadas como citações eruditas, através das quais se costura um "crescimento" da consciência histórica e também uma continuidade acadêmica que não pode ser negligenciada, embora deva ser sempre criticamente revista. Estas urdiduras, onde se distinguem problemas centrais e aderências temáticas, se renovam através de alterações na ordem de problemas, que varia de geração para geração ou de época para época.

O caráter compreensivo típico das ciências sociais, de que falava Saldanha, tem no Direito e na Filosofia, e na história de ambos, uma das suas mais lídimas expressões. É que o Direito ocidental desenvolveu-se paralelamente à Filosofia. E como a Filosofia é histórica também o é o Direito. Nesse sentido, como pontua Ernildo Stein[6], a filosofia *habita o coração do direito*. É impossível, portanto, estudar o Direito sem que se tenha prévio conhecimento da Filosofia e do movimento do pensamento filosófico geral e da sua história[7]. Afinal de contas, como ensina Miguel Reale, só a *compreensão histórica* sobre a Filosofia – acrescento aqui *do Direito* - pode ser *fecunda*[8].

2. A história como nosso *maior problema*

A história do Direito, à evidência, não é uma história literária, de contos, simples fruto de criatividade ou de mera especulação ou reflexão. É bem verdade que isso tudo é importante e que o Direito inclusive se

---

[6] STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*: limites de um paradigma. Coleção Filosofia; 8. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 15.

[7] CABRAL DE MONCADA, Luís. *Filosofia do Direito e do Estado*. v. 1º. Parte histórica. 2. ed. – reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 1.

[8] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5.

abastece na literatura, no cinema e nas artes em geral. Mas essa história é construída *em cima* e *a partir de* relações empíricas conflituosas; portanto, de conflitos sociais e relações de poder, de interpretações, realizadas por homens de carne e osso, de situações concretas que reclamavam normatização, solução, pacificação; homens cuja capacidade de refletir, de pensar, de compreender, progrediu no tempo, legando-nos o que hoje conhecemos por Direito. Por isso é possível afirmar a *pertença* do homem – no caso, o jurista – a uma *tradição* que nos lega algo precioso do ponto de vista de uma compreensão hermenêutica da história: a *historicidade da compreensão como princípio hermenêutico fundamental*. Nesse sentido os méritos necessariamente vão para Hans-Georg Gadamer[9] que, partindo de Martin Heidegger, há mais de sessenta anos apresentou a historicidade da compreensão como esse princípio hermenêutico fundamental[10]. A *condição de possibilidade* da hermenêutica – e, quando se trata de *hermenêutica do Direito*, isso fica bem visível - é a *dimensão histórica* que envolve o intérprete e o interpretado. Para Gadamer, o primeiro momento da tarefa hermenêutica é a elaboração de um *projeto adequado à coisa* que se quer compreender, um projeto que se abra para o desconhecido ao mesmo tempo em que já esteja balizado pelos juízos prévios que se tem sobre a coisa. O projeto de interpretação, portanto, não começa do nada. Ele já está previamente implicado por uma *situação hermenêutica específica*. Por isso aquele que interpreta projeta suas possibilidades de conhecimento a partir das perspectivas de mundo e da formação histórica que possui, resultantes da *tradição* na qual desde sempre está inserido. A tradição, pois, é a presença inegável da historicidade. É ela que possibilita o encontro com o projeto desde sempre projetado e a própria produção de sentido. Por estar vinculada à historicidade, à tradição, a interpretação não se dá de modo arbitrário, sem limites para o intérprete. Há, assim, uma estrutura prévia

---

[9] GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und methode: grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. – 6. Aufl. (durchges). – 1990. Tübingen: Mohr, 1990.

[10] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 1996, p. 229.

que condiciona toda a compreensão possível[11]. Assim, *cada compreensão é condicionada por uma motivação ou por um pré-conceito*[12].

Como a dimensão histórica é a condição de possibilidade da hermenêutica, o homem não estabelece sentido *fora* da história. Daí ser possível afirmar que somente no horizonte de sua vinculação com o mundo - tradição, cultura, história – é que ele é capaz de compreender alguma coisa. Por isso o homem não é o *dono dos sentidos*. Os seres humanos, portanto, compreendem a partir das possibilidades de sentido (pré)constituídas em uma determinada tradição. Daí por que, para Gadamer, muito mais do que juízos particulares, os *pré-conceitos* de um indivíduo representam a *realidade histórica de seu ser*, de sua pertença a uma tradição, a uma historicidade, o que significa uma maneira de se compreender para além da consciência de si mesmo[13]. Na verdade, como afirma Chris Lawn, *o trabalho de Gadamer é conservativo no sentido literal de "manter", mas o que é mantido, a tradição, não é imutável e congelada no passado, mas sim em movimento, fazendo constantemente sua reivindicação no presente e no futuro. Neste caso Gadamer é, dificilmente, um conservador, pois a novidade e a mudança estão no âmago das suas hermenêuticas*[14].

Segundo Ernildo Stein[15], o que Gadamer quer dizer é que

> não há situação hermenêutica que se desenvolva como ponto de partida para considerar determinados temas, não há consciência hermenêutica, situação hermenêutica, se não existe história efetual, quer dizer uma consciência de que nós somos determinados pelos fatos históricos. Esses fatos históricos, por um lado, são um peso que limita nossa compreensão, mas, de outro lado, explicitados, analisados e interpretados passam a ser a própria alavanca do desenvolvimento da compreensão.

---

[11] ALMEIDA, Custódio Luís S. Hermenêutica e dialética. Hegel na perspectiva de Gadamer. In: ALMEIDA, Custódio Luís S. et al. *Hermenêutica filosófica*. Nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

[12] GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999 (Coleção Focus), p. 186.

[13] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 415-416.

[14] LAWN, Chris. Compreender Gadamer. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007 (Série Compreender), p. 42-43.

[15] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 71-72.

O *lugar* do intérprete do direito, portanto, é fornecido com certa *anterioridade*. Dito de outro modo, não é possível a ele escolher um ponto de vista de onde partir. A compreensão, então, depende da compreensão de *ser*, própria do ente[16] que compreende ser, que é o *Dasein*, o *ser-aí*. O *ser*, portanto, dá-se a partir da compreensão do *Dasein* e o *Dasein* se dá a partir da compreensão do ser. O *Dasein* é o ente de caráter superior entre os entes que se constitui pela compreensão do ser. O *Dasein* é um plano em que se dão ente e ser, no nível do ente privilegiado. Aqui se introduz a *diferença ontológica*, que é sustentada pelo *Dasein*, ultrapassando-se o *caráter metafísico-objetivista* e o *espaço fenomenológico-transcendental*[17]. A compreensão do que seja o *Dasein*, porém, é *equívoca*. *Dasein* é o *ser-aí*. Mas, questiona-se: o *aí* (*Da*), que já sobressai no termo composto, embora este esteja impregnado do seu significado mais imediato e forte de *existência*,

> é o "aí" do ser em geral – ou seja, o âmbito de Abertura ou mostração veritativa do ser de tudo quanto há – ou é ainda apenas o "aí" da quotidianeidade e historicidade do ser à maneira do humano, tempo decaído do "se" impessoal e tempo próprio do "respectivamente-em-cada-momento" de cada um?

Dasein, portanto, nalgumas vezes, aparece como *abertura do ser* ou, noutras, como *compreensão*, *homem*, *existência*, *vida humana* (*ente que, no seu ser, conhecemos como vida humana*; *ente respectivamente-em-cada-momento do seu ser*; *ente que cada um de nós é*, *que cada um de nós acerta a dizer no enunciado fundamental eu sou* etc.)[18].

---

[16] *Ente*, ensina Heidegger, é tudo aquilo de que falamos, tudo aquilo a que miramos, aquilo para o que nos comportamos de tal e tal modo. Ente é também o que e como nós mesmos somos. Então, o ente é tudo aquilo com quem o homem mantém uma relação; é aquilo sobre o que se pode dizer algo. O ente, porém, não é o *ser*, ainda que deste não se cinda em razão da diferença ontológica. O ser, ao contrário, diz respeito ao universo de condições do encontro com os entes. Diz respeito às condições a partir das quais se faz possível um tal encontro com entes *como* entes qualificados, ou seja, entes que vêm ao encontro sempre submetidos a uma perspectiva. Para Heidegger, porém, a questão sobre o sentido do ser é a *mais universal* e a *mais vazia*; ainda assim, ela abriga igualmente a possibilidade de sua *mais aguda singularização*. HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 6-7; p. 70.

[17] STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*: ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Unijuí, 2003, p.17.

[18] HEIDEGGER, Martin. *O conceito de tempo*. Prólogo, tradução e notas de Irene Borges-Duarte. Lisboa: Fim de Século, 2003, p. 12-33.

O *ser-aí* apresenta uma *relação originária* com o mundo e com o ser. Nesse aspecto, tem sentido ontológico e, portanto, se acha condicionado pela *temporalidade*, que, por sua vez, não é uma mera entificação formada por uma sequência simples de acontecimentos havidos como passado, presente e futuro. E é aí, parece-me, que entra uma distinção importante, vinculada tanto à história da filosofia como a do Direito, que deve ser feita: a distinção *história* e *historiografia*. O *conhecimento que queremos*, como alerta Martin Heidegger, não pode ser um mero *conhecimento historiográfico* do que foi a filosofia. Mais que isso, diz ele, devemos querer passar a conhecer os problemas intrínsecos ao âmbito filosófico. Nesse aspecto, há uma distinção fundamental posta por Martin Heidegger: a distinção entre *história* e *historiografia*. Nas palavras de Marco Antonio Casanova[19],

> Heidegger estabelece uma distinção fundamental entre dois termos normalmente tomados como sinônimos na língua alemã e traduzidos consequentemente com o auxílio da palavra "história": o termo latino *Historie* e o termo germânico *Geschichte*. Enquanto o primeiro designa para ele a história concebida em sua dimensão ôntica, como a instância relativa aos acontecimentos que se dão no interior de um âmbito simplesmente subsistente chamado tempo, e funciona como base para o que podemos denominar historiografia, o segundo é reservado apenas para a dinâmica existencial de temporalização característica do ser-aí em sua relação originária com o mundo e com o ser.

A história, portanto, não pode ser havida apenas como a *ciência histórica*, mas, sim, como o *acontecimento* do próprio *ser-aí*[20]. No sentido de *Geschichte*, portanto, a história passa a ser como que uma espécie de *habitat* do homem e o *lugar da cultura*. Por isso, hoje, a história é, na expressão de Gehrard Kruger, *o nosso maior problema*[21].

---

[19] CASANOVA, Marco Antonio. Apresentação à tradução brasileira. In: HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. Tradução Marco Antonio Casanova; revisão de tradução Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 2.

[20] HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. Tradução Marco Antonio Casanova; revisão de tradução Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 10.

[21] A referência ao escrito de Gehrard Kruger (*Die Geschichte im denken der Gegenwart*, in Grosse Geschichts Denker, Rainer Wunderlich Verlag Hermann Leins, Tübingen e Stuttgart, 1949, p. 219) é feita por: A. L. Machado Neto. Sociologia jurídica. 6. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

3. Da Hermenêutica como base metodológica para as *geisteswissenschaften* à Hermenêutica do *Dasein* e da *compreensão existencial*

Uma contribuição importante – e que parece jogar *luzes* nesse problema – é a de Wilhelm Dilthey, autor que, junto com Hegel, influenciou Gadamer e demonstrou a complexa realidade que constitui a vida humana, cuja dimensão histórica é fundamental. A hermenêutica, nesse aspecto, passou a ser estendida à interpretação das criações e atos humanos; enfim, à história e à interpretação da vida humana. Para Dilthey, todo acontecimento histórico é único e não se repete, devendo ser compreendido por si mesmo. As lições do passado só podem ser apreendidas quando superamos nossos preconceitos culturais[22]. Dilthey aposta, então, numa *razão histórica individual*[23]. Para ele, a razão só tem *utilidade* quando se aproxima da vivência de cada um. Isso contradiz Hegel, que acredita que, pela dialética, se chega ao *Espírito Absoluto* (*razão histórica universal*). Por isso que, na visão de Dilthey, no que diz com o Direito, por exemplo, para que se possa chegar ao *sentido* de uma norma jurídica, deve-se relacioná-la com o *ethos* da sociedade.

O historicismo de Dilthey encarna um verdadeiro e novo *modo de ser*, uma nova forma de se situar no mundo. O homem toma consciência de que não somente está na história e tem história, mas que *é* história. A historicidade aparece, aqui, como parte do próprio ser do homem, e a realidade vital como um complexo de relações em que cada elemento, cada coisa, adquire e tem um sentido específico[24]. O centro dessas relações é o homem. O mundo é o correlato do indivíduo que, por sua vez, não existe

---

[22] ROHMANN, Chris. O livro das idéias: pensadores, teorias e conceitos que formam nossa visão de mundo. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 196.

[23] SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 30.

[24] SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 30.

sem aquele. A vida é um *enigma a ser compreendido* e só o pode ser a partir de si mesma, porquanto o conhecimento não retrocede para aquém dela. Assim, a *explicação causal*, que é o método das *ciências naturais*, não é adequada para as *ciências do espírito* (*geisteswissenschaften*) e para o conhecimento da própria vida, devendo ser substituída pela *compreensão descritiva*[25].

Veja-se que, consoante Dilthey, haveria duas espécies de ciências: as *ciências da natureza* e as *ciências do espírito*. As ciências da natureza teriam como objeto o mundo físico, envolvendo uma realidade apenas *explicativa*, e as ciências do espírito teriam por objeto o mundo da cultura e do espírito, sendo este resultado das ações humanas no âmbito da realidade histórica e social. As ciências do espírito não se reduziriam apenas ao *explicar*, mas abarcariam também um *compreender*[26]. As ciências explicativas, portanto, caracterizam-se por formular conceitos pela análise da natureza. A *Lei da Gravidade*, por exemplo, é formulada a partir da análise da natureza. Já as ciências da compreensão buscam sentido a partir da *síntese* de um fato humano inserido na cultura[27].

Willelm Dilthey vê a hermenêutica como uma disciplina central, como a *base para as ciências do espírito* enquanto disciplinas centradas na compreensão da arte, comportamento e escrita do homem. Para Dilthey, a interpretação das expressões essenciais da vida humana – no domínio das leis, da literatura ou das Escrituras Sagradas – é um *ato de compreensão histórica*. Por isso é uma operação diferente das operações de quantificação das ciências do mundo natural. No ato de compreensão histórica está em causa um conhecimento pessoal do que significa *sermos humanos*[28].

---

[25] SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 34.

[26] WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, estado e direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26.

[27] SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 31.

[28] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 50.

A hermenêutica de Dilthey volta-se, no entanto, para a *teoria do conhecimento*. O compreender, porém, não é simplesmente conhecer. A teoria do conhecimento pressupõe uma relação sujeito-objeto[29]; pressupõe que o método também seja distinto do objeto. Isso, no entanto, não ocorre com a perspectiva de uma Hermenêutica como *fenomenologia* do *Dasein* e da *compreensão existencial*. Nesse aspecto, *Ser e tempo*[30], de Martin Heidegger, é a obra-chave no que diz com a hermenêutica do *ser-aí*, do *Dasein*. Hermenêutica aqui não é ciência e nem regras para interpretação de textos. Também não é uma metodologia para as ciências do espírito. Está ligada, sim, à explicação fenomenológica da própria *existência humana*. A interpretação e a compreensão, para Heidegger, são modos fundantes da existência humana. A hermenêutica do *Dasein* apresenta-se como uma *ontologia da compreensão*[31]. Hans-Georg Gadamer, em *Verdade e método*, irá trabalhar a hermenêutica do ponto de vista da sua ligação com a estética e com a filosofia do conhecimento histórico. Irá operar, por isso, com o conceito de *consciência historicamente operativa* numa atuação dialética com a tradição transmitida pelo texto[32]. A hermenêutica, para Gadamer, é um *encontro com o Ser* por meio da linguagem. E aí *ser que pode ser compreendido é linguagem*. Gadamer, com isso, defende o *caráter linguístico* da realidade humana; a hermenêutica adentra nos problemas filosóficos da relação da linguagem com o Ser, com a compreensão, a história, a existência e a realidade. Por isso, compreensão, em Gadamer, é um tema *ontológico* e também *epistemológico*.

Veja-se que, dos *três significados básicos da Hermenêutica* – lembremo-nos de que Hermenêutica vem do verbo grego *hermeneuein* (interpretar) e do substantivo *hermeneia* (interpretação)[33] -, que são a) exprimir em voz alta (*dizer*); b) *explicar* (como quando se explica uma

---

[29] Consulte-se: KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

[30] HEIDEGGER, Martin. Sein und Zeit. Tübingen: Niemeyer, 2001.

[31] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 51.

[32] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 51-52.

[33] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 23.

situação); c) *traduzir* (como na tradução de uma língua estrangeira), decorrem sentidos independentes e relevantes do termo *interpretação*. Ou seja, a interpretação pode referir-se a três usos distintos, mas nos três usos distintos há algo de diferente que se torna familiar, presente e compreensível: há algo que requer representação, explicação ou tradução, e que é tornado compreensível, interpretado[34]. A *interpretação como explicação*, no entanto, põe ênfase ao aspecto *discursivo* da compreensão. Aponta, então, para a dimensão explicativa da interpretação. E isso é mais que expressar. As palavras, assim, explica Richard Palmer[35], não se limitam a dizer algo, mas a explicar, racionalizar, clarificar algo. Explicar, então, é uma forma de interpretação. As mensagens críticas do oráculo de Delfos, por exemplo, não interpretavam um texto preexistente, mas uma situação. Portanto, elas eram a explicação de algo. Levavam o significado de uma situação à sua formulação verbal. Então, os oráculos não apenas diziam ou enunciavam, mas explicavam, davam conta de algo. O *Peri hermeneias* de Aristóteles[36], embora defina a interpretação como enunciação – sugerindo, pois, a primeira orientação no sentido de interpretação como dizer, anunciar -, também adota a segunda orientação, no sentido de explicar, de interpretação como operação fundamental do intelecto de formular um *juízo verdadeiro* sobre uma coisa.

Em Aristóteles, uma ordem, por exemplo, não é um juízo, mas *deriva* de um juízo. O intelecto originalmente percebe algo sob a forma de juízo. A essa situação, então, é aplicada uma forma secundária, como, no caso, uma ordem. Interpretações, portanto, são *juízos sobre algo que é verdadeiro ou falso*[37]. Logo, a retórica e a poética, uma vez que tendem a *comover* o ouvinte, estão fora da interpretação[38]. A enunciação não é uma compreensão simples de um objeto. Ela lida com os processos implicados

---

[34] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 25.

[35] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 30-31.

[36] Consulte-se: ARISTÓTELES. Da interpretação. Tradução e comentários José Veríssimo Teixeira da Mata. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

[37] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 31.

[38] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 32.

na construção de um juízo verdadeiro. A enunciação, então, atua no nível da linguagem, mas ainda não é lógica. Ela alcança a verdade de uma coisa e a incorpora como um juízo.

O *dizer*, explica Palmer[39], era quase uma *operação divina*: anunciava o divino mais do que enunciava o racional. Em Aristóteles, porém, a enunciação não é uma mensagem da divindade, mas uma operação do intelecto racional. Por isso, imperceptivelmente, a enunciação começa a se transformar em explicação. Enquanto Aristóteles situa o momento da interpretação mais cedo que os processos da lógica, o pensamento moderno – e aí o erro do pensamento moderno – tende a fixar automaticamente a interpretação no momento da análise lógica. Ora, os processos lógicos são também interpretação, mas, antes deles, há uma *interpretação prioritária*, fundante. Como ensina Palmer[40],

> um cientista chamará interpretação às análises de dados que faz; também seria correcto chamar interpretação à sua visão dos dados. Mesmo no momento em que os dados se tornaram juízos, ocorreu interpretação. Do mesmo modo um crítico literário chamará interpretação à análise que faz de uma obra; seria igualmente correcto chamar interpretação ao modo como ele vê a obra.

A compreensão, que serve de base à interpretação, já *molda* e *condiciona* a interpretação. É uma *interpretação preliminar*; provoca toda a diferença porque *coloca o palco para uma interpretação subsequente*. Quando, por exemplo, um intérprete literário se volta para um poema dizendo *isto é um poema e vou compreendê-lo fazendo isto ou aquilo*, o dito intérprete já interpretou a sua tarefa e, por consequência, já moldou o significado do objeto. Daí por que método e objeto não se separam. O método já delimitou, aliás, *o que* veremos. Método, portanto, já é interpretação[41].

O Novo Testamento apresenta um uso da palavra hermenêutica em Lucas 24, 25-27, quando Jesus, ressuscitado, aparece:

---

[39] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 32-33.

[40] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 33.

[41] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 33.

> E disse-lhes: "Ó homens loucos, lentos em acreditar no que os profetas disseram! Então não era necessário que Cristo sofresse tudo isto antes de ser glorificado?" E começando pelos livros de Moisés e por todos os profetas interpretou-lhes tudo o que acerca dele se dizia nas Escrituras.

Aqui, como se vê, estamos diante de uma explicação. Cristo explica-se a si mesmo em função dos textos antigos e explica aos discípulos os textos antigos. Aqui ele não está repetindo ou reafirmando o que os textos antigos diziam. A interpretação envolve o *fator externo*, o Cristo, para designar o sentido dos textos antigos. Os textos tornam-se significativos na presença de Cristo, que é o fator externo. Significado, portanto, tem a ver com *contexto*. O processo explicativo, como dito, fornece o *palco* da compreensão. Um acontecimento só se torna significativo dentro de um contexto específico. Um objeto não tem sentido fora de uma relação com alguém. A relação determina o significado. Não há como falar de um objeto excluindo o sujeito que o percebe. Isso é um erro conceitual, realisticamente inadequado da percepção e do mundo[42]. A interpretação explicativa, portanto, demonstra que a explicação é contextual. Processa-se dentro de um horizonte de significados e intenções aceites. Esta área de compreensão pressuposta é o que se chama de *pré-compreensão*[43]. O intérprete só pode fazer uma *performance* de um texto se o compreender. Por isso tem que previamente compreender o assunto e a situação, antes de entrar no horizonte do seu significado. Quando ele consegue se meter no círculo do seu horizonte, isto é, no *círculo hermenêutico*, consegue, então, compreender o seu significado[44]. Compreender, portanto, significa menos um modo de conhecimento – como propõe Dilthey - do que um *achar-se no mundo*, um *situar-se* nele[45]. Como refere Stein[46],

---

[42] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 34.

[43] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 35.

[44] PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 35.

[45] GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p.161.

[46] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 57.

> a compreensão do ser em Heidegger no fundo nada mais é do que a compreensão do sentido ou do sentido do ser, isto é, a compreensão da totalidade não é mais a de um ser determinado. É a compreensão do ser enquanto compreensão do que é. Mas não do que é como objeto. Não podemos compreender nada sem compreender a totalidade. Enquanto compreendemos a totalidade, nos compreendemos. Nós temos o sentido da própria existência. Por isso diz Heidegger que o homem se compreende quando compreende o ser.

O compreender em Heidegger, portanto, é parte da *condição humana*, pois o ser humano somente se constitui pela compreensão. O fundamento do compreender encontra-se no próprio homem, pois é *uma estrutura do Dasein, é uma estrutura do ser-aí, é uma estrutura do homem*[47]. Por isso, o homem não realiza um compreender afastado de si mesmo, pois o compreender é o compreender de suas *possibilidades*. Assim, na medida em que o homem compreende a partir de suas possibilidades, a interpretação representa a *explicitação* de sua compreensão, pois *interpretar é o expor, é o desdobrar das próprias possibilidades*[48]; ou, nas palavras de Heidegger, *interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão*[49].

Para Heidegger, a interpretação sempre se funda numa posição prévia, pois *ao apropriar-se da compreensão*, a interpretação se move dentro de uma totalidade conjuntural já compreendida. A interpretação baseia-se em uma visão prévia, que *recorte o que foi assumido da posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação*. A interpretação sempre já se decidiu, *definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa concepção prévia*[50]. Toda a interpretação, desse modo, se move numa dimensão previamente projetada, de modo que já se está compreendido o que se quer interpretar. O homem

---

[47] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 58.

[48] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 59.

[49] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo I*. 12. ed. Vozes; Universidade São Francisco: Petrópolis, 2002, p. 204.

[50] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo I*. 12. ed. Vozes; Universidade São Francisco: Petrópolis, 2002, p. 207.

está hermeneuticamente relacionado com o mundo. Sua compreensão, assim, é a compreensão que sua historicidade constitui como possibilidade.

A visão histórica sobre o Direito – que, como dito, deve ser encarada no sentido ontológico de *Geschichte* porque abarca um compreender em que a historicidade do intérprete é sua possibilidade - é também a visão de um *observador*, pois ela se dirige *de fora* para o direito. Seu motivo, diz Michael Stolleis[51], é a *curiosidade do historiador*, que deseja descobrir como o antigo direito funcionava, como ele ordenava as relações sociais, quais *regras do jogo* então vigoravam e como as violações às regras eram punidas. A visão histórica do direito, então, pressupõe que o direito seja vivenciado e entendido como algo mutável. Pressupõe a crença de que os documentos do passado possam ser interrogados sobre as concepções de direito dos seus autores. Essas perguntas, todavia, somente podem ser feitas quando as sociedades compreendem a si mesmas historicamente, refletindo sobre como sua existência e seu ordenamento jurídico se movem do passado para o futuro, ao longo da linha do tempo[52]. Se assim é, essa reflexão pressupõe, então, que estejamos cientes de que *pertencemos à história* e de que, enquanto homens, nela estamos *imersos*. Daí não ser possível situar-se fora dela. Por isso a *pergunta fundamental* que vai marcar o pensamento de Hans-Georg Gadamer é: que significa para a compreensão e a autocompreensão do homem saber-se *carregado* por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição[53]?

A historicidade participa da experiência humana na medida em que a *determina* e se assinala como *latente* por meio dela nos atos de conhecimento. A experiência em si é já uma mostra da *finitude humana*. Tornar-

---

[51] STOLLEIS, Michael. O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI. Coordenação de Ricardo Campos. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP: Linha direito comparado), p. 21.

[52] STOLLEIS, Michael. O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI. Coordenação de Ricardo Campos. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP: Linha direito comparado), p. 21.

[53] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 226.

se plenamente maduro das coisas do mundo é *fazer-se plenamente consciente de sua finitude*[54]. Então, o que nos resta, explica Gadamer, é a *consciência do processo histórico* e a interpretação do que nos condiciona como seres no mundo. Podemos dizer, assim, que se trata da consciência de *estar exposto à história e à sua ação*, de tal forma que não podemos objetivar essa ação sobre nós, pois essa eficácia faz parte de seu sentido enquanto fenômeno histórico. Assim, não é a história que *pertence a nós*, mas nós é que *a ela pertencemos*. Para Gadamer, muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A *lente da subjetividade*, portanto, é um *espelho deformante*. A *autorreflexão do indivíduo*, assim, não é mais que uma *centelha na corrente cerrada da vida histórica*. Por isso, como diz Gadamer, os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a *realidade histórica de seu ser*[55].

4. O jurista e o historiador jurídico

É bem verdade que o *jurista* não é o *historiador jurídico*. Aliás, Gadamer é quem irá afirmar uma diferença entre ambos: o primeiro, o jurista, toma o sentido da lei *a partir de* e *em virtude de* um determinado caso dado. O segundo, o historiador jurídico, não tem nenhum caso de que partir, mas procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos[56]. Chama atenção, porém, que essa última característica, recentemente, parece vir se revelando como uma característica dos juristas, que operam o direito, uma vez que os fatos em si muito pouco têm interessado,

---

[54] BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer. Hermenêutica plural: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural*: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 185.

[55] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 415-416.

[56] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 483.

muito pouco têm sido levados em consideração. Nesse sentido, a impressão que se tem é a de que aqueles que operam, que lidam com o direito, têm sido às vezes muito mais historiadores do Direito do que verdadeiros juristas. Ora, Gadamer não desmente que o jurista sempre tem em mente a *lei em si mesma*. Diz ele, porém, que seu *conteúdo normativo*

> tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se ao que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei[57].

O historiador do Direito, por sua vez, tem outra função. Aparentemente, a única coisa que ele tem em mente é o *sentido originário* da lei, qual seu *valor* e *intenção* no momento em que foi promulgada. Tanto para o jurista como para o historiador a situação hermenêutica é a mesma, isto é, ante todo e qualquer texto, ambos se encontram numa determinada expectativa de sentido imediato. Não há, porém, acesso imediato ao objeto histórico capaz de proporcionar objetivamente seu valor posicional. O historiador tem que realizar a mesma reflexão que deve orientar o jurista. Para o historiador do Direito, porém, que tem de enfrentar culturas jurídicas passadas, a hermenêutica jurídica possui uma *tarefa dogmática especial*, completamente alheia ao nexo da hermenêutica histórica. Para Gadamer, o juiz – e, claro, o jurista, o intérprete do Direito - não é o historiador, pois se ocupa de sua *própria* história. A hermenêutica jurídica, portanto,

> recorda em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. Nela temos o modelo de relação entre passado e presente que estávamos

---

[57] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 485.

> procurando. Quando o juiz adeqúa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente.

O juiz (ou o jurista) procura, assim, corresponder à *ideia jurídica da lei*, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma *mediação jurídica*. O que tenta reconhecer, pois, é o *significado jurídico* da lei, não o *significado histórico* de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. Por consequência, pode, a cada momento, assumir a posição do historiador, face às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz. O historiador, ao contrário, não tem diante de si nenhuma *tarefa jurídica*. Ele pretende simplesmente averiguar o significado histórico da lei. Não pode, porém, ignorar que seu objeto é uma criação do direito, que tem de ser entendida juridicamente. O historiador, assim, tem de poder pensar juridicamente, e não apenas historicamente. A consideração de um texto jurídico ainda vigente não deixa de ser para o historiador um *caso especial*. Esse caso especial, porém, serve para deixar claro o que determina a relação dos homens com a tradição. O historiador que pretende compreender a lei a partir de sua situação histórica original não pode ignorar sua sobrevivência jurídica: ela lhe fornece as questões que ele coloca à tradição histórica. Em toda compreensão histórica, sempre já está implícito que a tradição que nos chega fala sempre ao presente e tem de ser compreendida *nessa* mediação e *como* essa mediação.

O caso da hermenêutica jurídica, portanto, não é um *caso especial*, mas está capacitado a devolver à hermenêutica histórica todo o alcance de seus problemas e reproduzir assim a velha unidade do problema hermenêutico, proporcionando um encontro entre o jurista, o teólogo e o filólogo. A pertença a uma tradição é uma das condições da compreensão. A pertença do intérprete ao seu texto é como a do ponto de vista na

perspectiva que se dá num quadro. Não se trata, diz Gadamer, de que esse ponto de vista tenha de ser procurado como um determinado lugar para nele se colocar, mas que aquele que compreende não elege arbitrariamente um ponto de vista, mas que seu lugar lhe é dado com anterioridade.

Só é possível compreender quando se antecipa o horizonte que dá sentido a compreensão; quando se localiza e se situa aquilo que se quer compreender. A interpretação, portanto, não é uma intervenção do sujeito que desnuda as verdades incrustadas enigmaticamente no objeto. A interpretação é o momento de explicitação do compreender, daquilo que sempre esteve à disposição e que é desvelado pela compreensão. A interpretação, para Heidegger, funda-se existencialmente na compreensão, e não ao contrário.

Para Ernildo Stein, a filosofia de Heidegger traz uma contribuição no que se refere à concepção do ser humano como um *ser-no-mundo que desde sempre já se compreende a si mesmo no mundo, mas só se compreende a si mesmo no mundo porque já antecipou sempre uma compreensão de ser. Compreensão do ser não é de um ser objetivo, objeto, mas compreensão da totalidade*[58]. Na medida em que somos seres no mundo, que compreendemos e descrevemos o mundo a partir do modo como nos projetamos nele, nossa compreensão nunca será acabada e pura, mas apenas uma decorrência de nosso modo de ser-no-mundo.

A compreensão, portanto, nunca é plena porque nos colocamos num mundo em andamento; aparecemos como um *projeto já projetado*, carregados de uma historicidade que é anterior a nós e que, de certo modo, nos dá a dimensão do mundo. Ou seja, chegamos tarde porque existe algo antes de nós que nos coloca no mundo, que nos projeta como continuidade: *somos um jogo que já sempre foi jogado*. Assim, o *Dasein*, este ente que compreende o ser, compreende na medida em que está no mundo, na medida em que se abre para as possibilidades já (pré)definidas que desde sempre se manifestam no mundo. Nas palavras de Lenio Luiz Streck,

---

[58] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 61.

> A compreensão é, enfim, aduz Heidegger, o ser existencial do saber-se inalienável do próprio Dasein, de tal modo que este ser (a compreensão) revela por si mesmo como está a respeito do seu ser consigo mesmo. Ou seja, no Dasein reside uma pré-compreensão. O Dasein é hermenêutico; o poder-ser-do-Dasein reside na compreensão[59].

Essa compreensão constitui o homem como tal, pois o *Dasein* se coloca num movimento de compreensão de seu próprio ser e dos demais seres. Deste modo, *o homem nunca é, simplesmente, mas só é enquanto ser- no- mundo, isto é, ele já desde sempre se encontra situado num "mundo determinado como hermenêutico", numa maneira de determinada de ordenar a totalidade dos entes*[60].

5. Considerações conclusivas

A reflexão histórica do Direito, portanto, não é uma mera *reflexão dogmática*. Ela tem um caráter compreensivo, como ensinava Nelson Saldanha, e, portanto, hermenêutico, na medida em que, vinculando o sujeito, ou seja, o intérprete que compreende, à história, que sobre ele tem influência[61], a subjetividade fica superada, consequência lógica e inexorável do fato de que a história precede o homem e se antecipa à sua reflexão. É assim, parece-me, que a História do Direito deve ser encarada. Não há como escapar das forças da história, da *história efeitual*. Por isso é que, no embate entre o passado e o futuro, em cujo meio se encontra o homem, não há possibilidade de que este venha *saltar fora do conflito*, fora da *linha de combate*, convertendo-se, então, em *juiz* dos adversários que lutam entre si, como na parábola de Kafka, referida por Hannah Arendt[62] quando

---

[59] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 193-194.

[60] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 210.

[61] Nesse sentido, OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 1996, p. 229.

[62] ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Tradução Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 28-42.

esta trata do *pensamento desprovido de significação*. A parábola de Kafka é a seguinte:

> Ele tem dois adversários: o primeiro acossa-o por trás, da origem. O segundo bloqueia-lhe o caminho, à frente. Ele luta com ambos. Na verdade, o primeiro ajuda-o na luta contra o segundo, pois quer empurrá-lo para frente, e, do mesmo modo, o segundo o auxilia na luta contra o primeiro, uma vez que o empurra para trás. Mas isso é assim apenas teoricamente. Pois não há ali apenas os dois adversários, mas também ele mesmo, e quem sabe realmente de suas intenções? Seu sonho, porém, é em alguma ocasião, num momento imprevisto – e isso exigiria uma noite mais escura do que jamais o foi nenhuma noite -, saltar fora da linha de combate e ser alçado, por conta de sua experiência de luta, à posição de juiz sobre os adversários que lutam entre si.

O *Ele*, a que Kafka faz referência, é o homem. O homem precisa manter seu território entre o passado e o futuro, combatendo ambas as forças. O passado, como diz a parábola, é uma *força* que empurra o homem para frente, e o futuro, uma força que o empurra para o passado. Ocorre que o passado, explica Arendt, não é *um fardo com que o homem tem de arcar e de cujo peso morto os vivos podem ou mesmo devem se desfazer em sua marcha para o futuro*. Fugir desse conflito, buscando o sonho de uma região além e acima da linha de combate, significaria, pois, enveredar pela metafísica, que impede possamos nos instalar nessa lacuna entre passado e futuro, sonegando, com isso, a atividade de pensar que emerge dos incidentes de experiência viva e que a eles deve permanecer ligada.

Ovídio A. Baptista da Silva[63], referindo-se aos juízes envolvidos com o julgamento dos processos judiciais, certa vez escreveu que, para o Direito, o que realmente interessa não é a *verdade*, mas o *significado*. Assim, o *problema do processualista*, segundo Ovídio, seria *dar sentido aos fatos*, não bastando, portanto, estabelecer sua *veracidade*. Esta seria a tarefa do *historiador*, e não do magistrado. É que o direito, para Ovídio, nasce do *fato*, com este, todavia, não se *confundindo*. Por isso é que as proposições

---

[63] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz et al (org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 269.

mais simples e que poderiam parecer óbvias, dependendo do respectivo contexto, poderão ter *significados diversos* e até *antagônicos*. A verdade dos fatos - cujo estabelecimento, segundo o Professor Ovídio, ficaria por conta do historiador – é, no entanto, mais que uma relação *representacional* entre o intelecto e a coisa. O historiador do Direito, embora um *observador*, como sugere Michael Stolleis, o que o levaria a analisar *de fora* o seu objeto, sabe que a interrogação do direito pressupõe uma compreensão histórica da própria sociedade, que, por sua vez, deve compreender-se a si mesmo. E isso reclama que nós, os operadores do direito, área das ciências humanas que não prescinde do conhecimento historiográfico, mas, mais que isso, do conhecimento *histórico*, saibamos que a história não nos pertence, mas que a ela pertencemos enquanto *ser-aí* – e daí a *historicidade da compreensão* - compreendendo, assim, a História do Direito não apenas como a *reconstituição dos fatos jurídicos do passado* – o que se aproximaria de uma *compreensão da historicidade* - mas, antes, como uma possibilidade de *discussão crítica* dos seus limites e possibilidades, desmistificando, a partir daí, formalismos jurídicos que possam isolar o direito do seu tempo e impedir a formação de uma *consciência crítica dos juristas*[64].

[64] FONSECA, Marcelo Ricardo. Introdução teórica à história do direito. 1. ed. (ano 2009), 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 26-36. Por isso, há bem mais de meio século, Arnaldo Biscardi concluiu que a necessidade de estudar o Direito Romano, por exemplo, estava no fato de ele ser um *elemento formativo da civilização europeia* e, portanto, o *próprio fundamento da ciência jurídica*. Vandick Londres da Nóbrega, por sua vez, também afirmou que o estudo do Direito Romano – e, portanto, da História do Direito - seria, assim, o *principal fator para a formação de uma verdadeira consciência jurídica*. Afinal de contas, se, como também observou Lauro Chiazzese, *o direito sem a justiça seria uma palavra vã*, e a *consciência jurídica*, na acepção romana e eterna, *seria formada pela absoluta identidade entre o fim do direito e o fim da justiça*, por que não afirmar, então, que é nele, no Direito Romano – e acrescento aqui *na História do Direito* -, que podemos encontrar um meio para formar essa consciência jurídica? Consulte-se: NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 6. O papel do historiador também é o de *erudito conhecedor do passado próximo e remoto*, como ensina Paolo Grossi. Esse papel, porém, embora nobre, é um papel *renunciável*. Para Grossi, o papel maior do historiador do direito junto ao operador do direito positivo é o de *servir como sua consciência crítica, revelando como complexo o que na sua visão unilinear poderia parecer simples, rompendo as suas convicções acríticas, relativizando certezas consideradas absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequada confirmação cultural.* GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. rev. e atual. tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 13.

II

Filogenia jurídica

1. Considerações sobre filogenia jurídica

Um dos autores clássicos mais importantes da História do Direito, em especial a do Direito brasileiro, é J. Izidoro Martins Júnior. Sua contribuição, porém, vai mais longe. Não só porque, além de conhecer a história do Direito brasileiro, conhece – e muito bem - a do Direito ocidental. Mais que isso: porque muito antes de se falar em teoria sistêmica, por exemplo, em *autopoiesis* no (ou do) Direito, Martins Júnior já trabalhava a ideia de direito como um *organismo social*, à semelhança de um organismo biológico, natural. Para Martins Júnior[1], orientado basicamente pelo positivismo francês, pelo evolucionismo de Herbert Spencer e pela teoria evolucionista de Charles Darwin, o Direito – e aqui se faz presente também a influência e a pena de Rudolf von Ihering complementadas por Tobias Barreto – pode ser considerado como o *conjunto de condições existenciais e evolutivas da sociedade, coativamente asseguradas pelo poder público*. Também pode ser considerado o *fator dinâmico-social em virtude do qual se realiza o acordo das vontades produzindo a equação dos interesses*; definição esta, por sua vez, dada por Theophilo Braga. Em parte, ensina Martins Júnior, o Direito é uma *criação natural, um todo orgânico determinado por fatalidades biossociológicas, e, por outro lado, um instituto cultural humano, um aparelho regulador e seletor, de fabricação político-social, mais ou menos dependente da vontade dos indivíduos ou classes*

---

[1] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 7-8.

dirigentes. O Direito, portanto, apresentaria uma dualidade de organismo e mecanismo, de natureza e arte, de *autonomismo* vivente e cego por um lado, e de regra consciente por outro.

Pietro Cogliolo - citado por J. I. Martins Júnior[2] -, procurando estabelecer as leis gerais da evolução jurídica, destaca que os códigos de um povo surgem naqueles períodos em que os costumes e as regras são numerosos e estão a se corromper. O Direito, assim, é primeiramente formado na *GENS*[3] e na família, e pouco a pouco é transferido ao Estado; a execução das sentenças é primeiro pessoal, e depois real; as relações jurídicas antigas encarnam-se nas formas processuais; todas as formas modificam-se e se simplificam. Para Martins Júnior, o contributo de Cogliolo é importantíssimo, restando, porém, a pergunta se é possível formular com certa precisão as principais leis superiores da referida evolução a partir de um ponto de vista novo.

Izidoro Martins Júnior, então, parte da ideia de que todo organismo natural pode ser estudado sob os aspectos *anatômico* ou *estrutural*, *funcional* ou *fisiológico*, e *morfológico* ou *plástico*. Sendo o direito um organismo social *sui generis*, as duas modalidades que podem explicá-lo são: *anatomo-fisiológica* ou *estrutural* e *orgânica*, e *morfológica* ou *plástica*. A partir do primeiro desses aspectos, então, pergunta Martins Júnior: como terá evoluído o Direito? Qual o modo de evolução do Direito encarado como organismo ativo, dotado de energias funcionais? Aqui, para o nosso historiador, a evolução jurídica ter-se-ia dado no sentido da evolução universal defendida por Herbert Spencer (*O progresso, sua lei e sua causa*), passando, assim, do homogêneo para o heterogêneo. Nos

---

[2] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 17. A referência é à obra: COGLIOLO, Pietro. *Filosofia del Diritto Privato*. Florença: Ed. Barbéra, 1888.

[3] O regime da *gens* é baseado na religião da família. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 208. Todos aqueles que descendiam do mesmo chefe, embora pertencessem a famílias diferentes, constituíam a *gens*. Os membros da *gens* deviam ter o mesmo nome gentilício e os mesmos cultos. A *gens* era uma extensão da família, concebida para que seus membros melhor se defendessem e se bastassem por si mesmos. A *gens* é anterior à *civitas*. Para uma compreensão didática da *gens* consulte-se: NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 35-36.

primórdios das sociedades, explica Spencer, não havia um polimorfismo, como se pode verificar atualmente. Havia, sim, uma confusão completa: o sincretismo dominava as instituições sociais e as relações individuais. Religião, moral, ciência, arte e indústria, coincidiam e se sobrepunham uns aos outros. A autoridade que antropomorfizava Deus ou os Deuses era a mesma que estatuía sobre os costumes privados, que dava a explicação do enigma do mundo, que inspirava as criações artísticas e regulava a atividade prática. Tudo estava no caos bíblico: escuro e amorfo. Se, por exemplo, abrirmos o *Manava Dharma Sastra*, a coleção de leis de *Manu*, veremos que os seus doze livros têm por objeto, além da criação, da vocação religiosa, das regras de abstinência, da penitência à expiação, e da transmigração das almas, o casamento, os modos de aquisição, os deveres dos juízes, as leis civis e criminais, o direito da sucessão e os deveres dos agricultores, industriais e fâmulos. Semelhante quadro é ofertado pelos *Zend-Avesta* de Zoroastro, pelos livros de Confucius, pelos hieróglifos egípcios, pela legislação de Moisés e pelo livro sagrado da religião maometana, o *Alcorão*. Em todos esses *monumentos do antigo pensar*, explica Martins Júnior, há um *sinete anagramático* da religião, da moral e da arte, entrelaçadas ao Direito, marcando todas as manifestações da atividade social primitiva. E isso ocorre também na Grécia, em Roma e entre os antigos germanos.

Na Grécia – e aqui o ensinamento é de Enrique Ahrens -, o direito e a lei não se destacaram da ética[4]. Na teoria e na prática o direito e a política são considerados, em especial por Platão e Aristóteles[5], como constituindo

---

[4] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 93.

[5] Vem de Aristóteles a distinção entre *razão teórica* e *razão prática*. A primeira é reconhecida; a segunda, determinada pela ação humana. O saber sobre as virtudes corresponde a essa distinção. O saber prático inclui a Ética e a Política, distinguindo-se do saber teórico. Política e Ética, em Aristóteles, caminham, assim, de mãos dadas. O objetivo do saber prático é o estabelecimento de normas e critérios da boa forma de agir, ou seja, da ação correta e eficaz; o objetivo do saber teórico, o conhecimento de uma determinada realidade. Consultem-se: COING, Helmut. Elementos fundamentais da filosofia do direito (Grundzüge der Rechtsphilosophie). Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 36; ARISTÓTELES. A ética. Tradução Paulo Cássio M. Fonseca. Bauru: Edipro, 1995, p. 24-25; MARCONDES, Danilo. Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 10. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 76; BITTAR, Eduardo C. B. Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história das ideias políticas. São Paulo: Atlas, 2002, p. 74.

um ramo das ciências éticas. As cruéis ordenanças de Dracon e os preceitos de Sólon e Licurgo são religiosos, morais e jurídicos ao mesmo tempo.

Por sua vez, os primeiros legisladores romanos obedeceram à *fatalidade histórica*. A primeira época do direito romano tem, antes de tudo, caráter religioso, sem ser teocrático ou sacerdotal, fundando a unidade de toda a existência e de todas as instituições com a ligação delas à religião[6]. Para Ahrens, remontando ao mais antigo desenvolvimento do direito, encontraremos, de um lado, uma relação íntima do direito privado com o direito público, e, de outro, dos dois reunidos com a religião e o culto. Esse fenômeno, explica Martins Júnior, também é reconhecido por outros autores, do que é exemplo G. Rousset (*Science nouvelle des lois*), para quem, em sua origem, as sociedades são instintivas e religiosas, confundindo-se o Direito – como ideia de justiça e de moral – com o *Ser*, pois vem da divindade.

Mesmo as sociedades mais bárbaras são regidas por uma gama de normas que se dirigem às ações de seus membros, ordenando-as e as coordenando com o objetivo (inconsciente) da utilidade comum. O caráter principal dessas normas é o de serem mistas e homogêneas; apenas mais tarde é que se irão distinguir a religião, o direito e a moral.

O direito, portanto, na vida primitiva, confunde-se com o costume, com a moral e com a religião, mas, gradativamente, vai-se especializando por meio de uma diferenciação heteronômica, separando-se, assim, da religião, da moral etc., seguindo-se, então, a diferenciação autonômica, que é a evolução que, só nele e a partir simplesmente dele, se efetua, pela segmentação constante e crescente do respectivo organismo, sob a ação expansiva das suas energias íntimas e sob o influxo do condicionalismo mesológico[7]. Assim é que, de uma massa primitivamente homogênea de regras jurídicas, sairão as distintas modalidades do Direito, distinguindo-

---

[6] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 121.

[7] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 21-22.

se o privado do público, o adjetivo do substantivo pela separação do *jus* e da *actio* (no caso dos romanos), o real do pessoal etc.

É possível, assim, afirmar, com Izidoro Martins Júnior[8], que, no aspecto anátomo-fisiológico ou estrutural e orgânico, o Direito evolui passando do sincrético para o discreto, do simples para o composto, do homogêneo para o heterogêneo. Já no que diz com o aspecto morfológico ou plástico, uma vez entendido o Direito como um organismo, suas fórmulas simplificar-se-ão, desaparecendo as fórmulas sacramentais na medida em que a civilização evolui. E aqui, no ponto, deve-se fazer breve menção, em especial, ao sistema processual romano, que será objeto de análise também em momento posterior.

Nos primórdios da vida jurídica, havia um predomínio do simbolismo e das fórmulas sacramentais. Isso fica bem patente em Roma, no processo romano, em especial nos períodos das *legis actiones* e *formulário*. Como se sabe, três grandes períodos caracterizam o processo romano: a fase das ações da lei – *legis actiones* -, o período *per formulas* – processo formulário – e a fase da *cognitio extra ordinem*. Não há, é verdade, termos bem definidos com relação ao início e ao fim de cada uma das fases. Muitas delas prolongam-se por mais tempo, entrelaçam-se com as outras, sofrem avanços e retrocessos, não sendo incomum a concomitância de uma e outra ao longo da história.

A fase das ações da lei compreende o período que vai, aproximadamente, de 754 a. C. a 149 a. C. Nesse período, em Roma, não havia um Judiciário organizado; distribuir justiça era atividade administrativa. O processo tinha um caráter místico e religioso. A autoridade judiciária confundia-se com o sacerdote, imperando ritos, juramentos e sacrifícios. Adotavam-se critérios religiosos - a autoridade judiciária ficava adstrita a critérios religiosos[9] -, havendo um formalismo exacerbado. Exemplo dessa

[8] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 23-24.

[9] TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 40-93. Também: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23-28; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16-24.

formalidade é o caso conhecido da ação relativa ao corte de árvores. Alguém buscou encontrar uma ação na provisão das XII Tábuas com respeito ao corte de *arbores*. Ao formular a pretensão, no entanto, falou em *vites* (vinhas). Embora nas XII Tábuas esta última expressão fosse compreendida sob a palavra *arbores*, o autor perdeu a demanda porque não formulou as palavras certas, ou seja, usou palavra diferente da que constava na lei[10].

Os romanos não nominavam o direito como *direito subjetivo*. Essa expressão, como se sabe, aparecerá com a modernidade. Para os romanos, a relação entre o que mais tarde passou a se chamar de direito subjetivo material e a ação judiciária (*actio*) era a mesma coisa. Os romanos não diziam *eu tenho um direito*; diziam, simplesmente, *eu tenho uma actio*. As ações da lei eram escassas e marcadas pela tipicidade; originavam-se de textos legais, dos quais o mais famoso é a Lei das XII Tábuas. As ações eram imutáveis como as leis. Vem dessa época o conceito primitivo de ação: a *actio* é um direito de perseguir aquilo que é devido[11]. O processo, por sua vez, desenvolvia-se em duas etapas: *in iure* (diante do pretor) e *apud iudicem* (perante o juiz). O pretor tinha a *iurisdictio*[12]; era quem fixava os termos da controvérsia, remetendo, em seguida, os contendores para o *iudex privatus*[13], que a decidiria, podendo inclusive pronunciar o *non liquet*[14].

---

[10] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 24-25; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16-24.

[11] TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 40-93. Também: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23-28; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16-24.

[12] O pretor pronunciava as palavras *do*, *dicco* e *addico*, isto é, admitia a demanda (*do*), dizia qual o direito aplicável (*dicco*) e aprovava o compromisso das partes que deveriam comparecer perante o *iudex* (*addico*).

[13] O *iudex* não era um órgão estatal, mas um cidadão atuando como instrumento das partes. Podia ser escolhido pela vontade das partes, por indicação do pretor ou por sorteio. O devedor condenado tinha trinta dias para cumprir a obrigação. Se não cumprisse, o credor instaurava perante o magistrado um *manus iniectio* a fim de fazer com que cumprisse. Se o devedor não ofertasse um *vindex*, o magistrado pronunciava a palavra *addico* e autorizava o credor inclusive a exercer seu direito sobre a pessoa ou bens do devedor. Assim, por exemplo, o credor poderia colocar à venda o devedor, poderia matá-lo ou vendê-lo como escravo aos etruscos, poderia esquartejá-lo – no caso de concurso de credores -, etc.

[14] Para que se possa bem compreender o que se está dizendo, é necessário que o leitor tenha conhecimento de que o processo opera por meio do procedimento. Devemos ter em mente o fato de que o processo, por ser um “caminhar

O período formulário, por sua vez, vai de 149 a. C. a 209 d. C., aproximadamente. Neste período, o pretor remetia os contedores, providos de uma fórmula, ao *iudex privatus*, que iria decidir o litígio. Nesta fase, abandona-se a forma; o magistrado – pretor - assume a função de indicar e formular o direito a ser aplicado pelo *iudex*. A fórmula era um documento redigido pelo pretor com o auxílio das partes onde se fixava o objeto da demanda que deveria ser julgada pelo *iudex*. A composição da fórmula seria a seguinte: *Intentio* – encerrava a pretensão (... se parecer que Tício deve pagar 10.000 sestércios a Caio...) -; *Demonstratio* (... uma vez que Caio vendeu um escravo a Tício...) e *Condemnatio* (... juiz, condenai Tício...)[15].

A *cognitio extra ordinem* tem início em 209 d. C. e vai até 468 d. C. Nesta fase o processo romano perde o caráter privado e assume natureza pública inerente à função estatal de administrar a justiça. Suprime-se a divisão do processo em duas fases distintas. Com a queda do império romano do ocidente em 476 d. C.[16], a *cognitio extra ordinem* tem um retrocesso diante das invasões bárbaras (século das trevas) e, na idade média, o sistema é retomado nas penínsulas itálica e ibérica.

Dos três sistemas, ou fases, acima descritos, os dois primeiros eram eminentemente simbólicos e dramáticos, cheios de atos e palavras

---

para frente", conforme já referido, nasce, desenvolve-se e, por fim, encerra-se. Pense-se no processo biológico: o homem nasce, cresce e morre. Assim também é o processo civil. Há um procedimento – exteriorização do processo - que se desenvolve rumo ao seu fim. Inicia-se quando alguém vai a juízo buscar algo que entende lhe ser devido por determinada pessoa; esta, tomando ciência do que pede aquele, comparece em juízo para defender-se. Surge, então, a oportunidade para provar o que alegam. Concluídas as provas, o juiz decide acerca de com quem está a razão, atendendo ou não aquilo que foi pedido. Em Roma, na fase das ações da lei, havia um juiz privado, que daria ou não a *actio*. Antes, porém, de os interessados comparecerem perante o juiz – que decidiria o conflito -, tinham de comparecer perante o pretor que diria qual o direito aplicável ao caso. *Iurisdictio* significa, portanto, dizer o direito. O *non liquet* significa que, se o juiz ficasse em dúvida acerca de quem tinha razão, poderia até mesmo deixar de julgar alegando que nada entendeu da causa.

[15] TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 40-93. Também: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23-28; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16-24.

[16] A Idade Média vai de 476 d. C. a 1.453 d. C. Inicia-se com a queda do império romano do ocidente e termina com a tomada de Constantinopla pelos turcos.

consagradas, de formalidades e cerimônias rigorosas, que não podiam ser infringidos, sob pena de perda da demanda[17].

Embora entre os germanos o formalismo processual não tenha tido a riqueza e a rigidez do romano, o processo germânico também não desprezava as formalidades simbólicas, o mesmo ocorrendo, segundo alguns autores, com o *velho direito inglês*, que, por vezes, seguia na mesma toada dos outros dois, *sacrificando o fundo à forma*, diante do fato de os costumes serem tão rigorosos e artificiosos a ponto de, nas palavras de Frederick Pollock referido por Martins Júnior[18], abundar em *armadilhas absolutamente estranhas ao interesse da causa*.

A ideia de *Direito como organismo*, presente na obra de J. I. Martins Júnior, vale-se dos métodos das ciências biológicas, da história evolutiva dos seres, ou seja, da *filogenia*. Partindo dessa ideia, podemos, então, considerar o Direito moderno – como o faz Martins Júnior[19] - como o *produto da fusão de três organismos criadores*: o *direito romano*, o *direito germânico* e o *direito canônico*.

O direito romano e o direito germânico trazem impressas as características de duas raças psicologicamente diferenciadas. Já o direito canônico não repousa sobre bases étnicas, mas se afirma pelas suas tendências internacionais e gerais, universais.

2. A Roma clássica e a Germânia bárbara na origem das instituições político-sociais

A história em geral e a história dos institutos humanos e sociais não são compreensíveis sem o estudo das raças nos seus fenômenos de

[17] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 24.

[18] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 25-26.

[19] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 29.

hereditariedade e adaptação, e nas suas manifestações fisiopsicológicas[20]. Essa ideia é defendida há mais de século por um dos notáveis pensadores do Direito português, Theophilo Braga, referido por Martins Júnior, podendo ser sintetizada mais ou menos nos exemplos citados por Braga, tais como o caso da Índia, onde o sentimento de bondade se reflete nas disposições legais. Assim, por exemplo, é que a lei não pode devassar ou violentar o foro de consciência do criminoso; o criminoso peca por fraqueza, e não por maldade; não se deve bater numa mulher nem mesmo com uma flor etc.

Com relação aos romanos, por sua vez, seria possível afirmar que o *genio* romano, como lógico, formou uma legislação completa em que a razão e o dever suplantavam a natureza e a humanidade. O homem, diante da lei, valia por ser simplesmente *cidadão*, que era a qualidade mais alta. Assim, os sentimentos de marido, de pai, nada eram frente ao caráter de que estava investido. Quem não podia alcançar esse atributo de cidadão, que o fazia mais do que homem, era considerado um inimigo, um escravo, ficando fora da comunhão do mundo social; *tinha*, diz Braga, *a fraqueza de mulher e não lhe era dado libar o vinho das garantias políticas*[21].

Foi esse *excesso de civilismo*, portanto, que, segundo Martins Júnior, teria *desequilibrado* a civilização, caracterizada por um completo acordo entre desenvolvimento pessoal com desenvolvimento civil (Guisot). A barbárie da Idade Média, portanto, provém da reação dos povos germânicos que impuseram sobre os admiráveis códigos romanos a lei pessoal tirada do sentimento de independência natural das tribos do Norte. Entre esses dois princípios é que se deu, então, o grande conflito[22].

A civilização moderna, assim, vem da fusão da raça germânica com os povos que ocupavam o Império (Laurent). Todas as instituições

---

[20] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 30.

[21] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 30-31.

[22] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 30-31.

político-sociais do mundo moderno, no Ocidente, são emanações combinadas da Roma clássica e da Germânia bárbara.

Há uma diferença entre a conceituação do direito entre os romanos e os germânicos. Segundo Izidoro Martins Júnior[23], o direito dos romanos foi socioeconômico ou *statunomico*; o dos germânicos (ou germanos) foi autonômico ou *dimonomico*. O direito em Roma foi uma consagração da força e do poder do *Estado*; uma instituição eminentemente social em que a *res publica* sobrepujava todas as outras. Já entre os germanos o direito foi uma consagração da *selbsthulfe*, um simples reconhecimento legal das faculdades e prerrogativas do *indivíduo*.

O direito germânico não tinha o adiantamento técnico que tinha o direito romano. O direito romano, explica Haroldo Valladão[24], toma o nome de uma cidade que, no curso dos séculos, se erigiu como *Estado universal da Antiguidade*. Aliás, o que mais chama atenção no desenvolvimento do direito romano é a lógica com que se desenvolve e a unidade que mantém em meio às suas lentas e constantes transformações, o que se deve ao fato de que há uma ideia que a tudo domina: a *cidade*[25]. A cidade, de um lado, é a base imóvel, o centro de atração em toda aquela vida; de outro lado, diferentemente da Grécia, que sequer logra constituir a união de sua raça, Roma vai estendendo essa ideia com todas as suas consequências para realizar assim sua missão histórica: a *associação humana*. Por isso as transformações da cidade se refletem em cada esfera do direito[26]. Daí a constante penetração do direito das gentes no civil mediante aqueles pretores chamados *ministros da providência* (expressão de Arturo Duch); daí também a harmonia entre o espírito conservador e o reformador e, por fim, a idêntica direção que tomam a revolução social e

[23] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 32.

[24] VALLADÃO, Haroldo. Historia do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 41.

[25] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 428.

[26] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 428.

política durante a república, e a filosófica e moral que tem lugar sob o Império, sob o influxo do catolicismo e do Cristianismo. Roma sempre teve o mesmo ponto de partida, a cidade, e o mesmo ideal, a associação de todos os povos[27].

Já quem dá nome ao direito germânico é todo um povo que sempre necessitou de rígida coesão, inclusive no tempo em que encontrou unidade jurídica estatal no Sacro Império Romano. No direito germânico predominavam o indivíduo e o grupo, ou seja, o elemento *pessoal*. Então, o direito germânico não tem um ponto de cristalização como o encontrado pelo direito romano na *Urbs*. Tem, sim, um caráter costumeiro e, na Idade Média, vai-se consolidando em múltiplos textos e se mesclando com os direitos romano e canônico, não chegando, porém, a completar o seu desenvolvimento porque, a partir dos séculos XV e XVI, teve de adotar o direito romano. Aparece, assim, o direito germânico como o direito de diversas tribos conquistadoras no período posterior à queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d. C., conhecido na história do direito como *regime da personalidade das Leis*[28].

A raça ariana havia se projetado, primeiro, nas vizinhanças do Himalaia. Em seguida, estendeu-se na direção do oeste. Os germanos, celtas, helenos, ítalos e lituano-eslavos, trouxeram, assim, para a Europa as tendências psíquicas da *raça mater* e alguns resquícios das primitivas instituições religiosas e sociais do tronco comum. O que ocorreu, então, foi que as aptidões de cada um desses grupos de famílias indo-europeias (ou hindu-europeias) se diferenciaram e se especializaram. A idiossincracia de cada grupo modificou-se progressivamente sob a pressão do meio. Aí o caráter germânico veio a se separar profundamente dos outros povos irmãos, em especial dos helenos e latinos. Estes se estabeleceram *sob o clima mais doce e sob o céu mais puro*, preparando a argamassa para a construção do edifício greco-romano; aqueles, os germanos, internaram-se,

---

[27] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 428.

[28] VALLADÃO, Haroldo. Historia do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 41.

independentes e errantes, nas terras do norte, às margens dos rios, caçando e combatendo nos bosques hyrcinios ou nas clareiras da Floresta Negra. Foi essa *existência nômade, acidentada* e *aventurosa* – explica Martins Júnior[29] - que despertou nesses bárbaros o sentimento de amor e veneração pela valentia, pela força, tendo como consequência o respeito pelo valor individual, fonte da conquista e do poder. Sua principal característica psicológica era o sentimento de independência pessoal unida ao culto da valentia e da força (Tácito[30]).

Essas características dos germanos são afirmadas por importantes autores citados por Izidoro Martins Júnior[31]. É o caso, por exemplo, de Saverio de Cillis (*Il Diritto Romano a traiverso la civilitá européa*), H. Ahrens (*Encyclopedia Jurídica*) e Von Schulte (*Hist. Do Dir. e das Instit. da Allemanha*). Para o primeiro, Saverio de Cillis, o germano é *orgulhoso*, *intolerante*, de *índole tenaz*, não tendo outro sentimento senão o da força, da autonomia pessoal e da própria energia. Por sua vez, para Ahrens, o alemão tem o sentimento profundo de uma ordem divina, suprema, da qual deve emanar a vontade humana. Ao mesmo tempo, ele tem a consciência da independência e da liberdade dessa vontade. Essa ordem não é para essa vontade uma força material coercitiva, mas, antes, um poder de que ela é o ministro e o representante. A organização social, assim, parece modelar-se sobre a ordem divina e fazer dominar como princípio essencial de vida o que constitui o *eu* e a *liberdade*. Por fim, para o último, Von Schulte, o direito germânico era caracterizado por uma liberdade individual extensa e por uma independência inteira das pessoas mesmo para os

---

[29] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 33.

[30] Segundo John Gilissen, Tácito (*De situ et moribus Germaniae*, 98 d. C.) é o autor latino *mais explícito* sobre as instituições germânicas, embora, provavelmente, nunca tenha estado na Germânia. Tácito recolhe muito de autores mais antigos (por exemplo, de Plínio, *o Velho*) cujos escritos sobre os Germanos se perderam. A sua obra, embora concisa, é essencial para o conhecimento do direito germânico do século I. Por ser fonte única, no entanto, sua *exatidão* seria de difícil controle. GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 163.

[31] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 34-35.

atos mais simples, tendo cada princípio jurídico seu fundamento em uma necessidade dos indivíduos.

O direito germânico, portanto, refletiu perfeitamente o caráter dos povos que lhe deram origem, manifestando, assim, as mais francas tendências individualistas e subjetivas. O direito era considerado pelos germanos como um poder pertencente ao indivíduo (Giuseppe Carle, em *La vita del Diritto*), à família, à tribo. Os germanos conservaram no próprio direito os resquícios das paixões do homem primitivo. Enquanto o sentimento da personalidade e dignidade individual ocorre vigoroso, ainda está em formação o conceito abstrato de uma personalidade coletiva e social[32].

Já o direito romano, ao invés de acentuar o indivíduo, como o faz o direito dos germanos, coloca acento no *social*. Foram os latinos e etruscos que deram a estrutura básica do direito romano. Os romanos deviam reproduzir e revelar nas suas instituições os traços principais da fisionomia dos seus elementos geradores. Os latinos, ensina Martins Júnior[33] com base em Ahrens, eram *rudes* e *práticos*, *egoístas secos* e *insensíveis*, mas *raciocinadores*, submissos à autoridade e amigos da concentração do poder; os etruscos, a seu turno, era políticos e industriais, regulamentadores e formalistas. Em razão desses fatores, o produto só poderia ser o que foi: um povo ordenador e dominador, absorvendo o indivíduo no Estado e, pela conquista, projetando a sombra do Estado sobre as populações adjacentes. Todo o direito romano obedeceu a um espírito de força expansiva e de autoridade centralizadora. O *princípio do egoísmo* é a *força motriz* das instituições romanas (Ihering). O verdadeiro sinal do egoísmo romano está no fato de que ele não perde nunca de vista os laços que prendem o membro ao todo e não procura jamais obter às expensas deste último a menor satisfação. O caráter romano, com suas virtudes e vícios, é um *sistema do egoísmo raciocinado*. Seu princípio fundamental é o de que o

---

[32] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 36.

[33] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 37.

inferior deve ser sacrificado ao superior, o indivíduo ao Estado, o caso particular à regra geral ou abstrata, o acidental ao permanente[34]. O povo romano, assim, foi a representação viva na antiguidade da ideia abstrata de Estado e do Direito (Ahrens). É à influência do direito romano que devemos a ideia moderna do Estado. Esse caráter social e político das instituições, essa predominância do ponto de vista coletivo, nacional, em todas as manifestações da vida, essa preocupação de civilismo que afogava o homem no cidadão e este no Estado uno e centralista, imprimiram à cultura romana uma feição especial, sendo o Direito sua maior e a mais bela manifestação, significando a consagração da força e do poder do Estado, e não um simples reconhecimento legal das faculdades e prerrogativas do indivíduo. Quando em Roma o *actor* (de *agere*, agir) comparecia em juízo, ele representava menos a própria personalidade em virtude de um direito preexistente seu do que uma necessidade do *Jus*, uma exigência da *Lex*. É assim que antes de chegar ao *judex* ele passava pelo magistrado encarregado da *jurisdictio*, ou seja, da *declaração do direito que lhe competia*[35].

Segundo J. Izidoro Martins Júnior[36], os romanos e os germânicos realizaram diferentemente o direito: os primeiros, os romanos, embora egoístas e compreendendo o notável papel do indivíduo como sujeito do direito, fizeram deste um atributo da vida nacional, subordinando-o à razão de Estado; os segundos, os germânicos, viram o *fenômeno Direito* como emanação e prolação da atividade individual e da independência pessoal, não absorvida pela organização político-social. Consoante Haroldo Valladão[37], disso viria decorrer uma *confusão universal* verificada no fato de cada raça ter a sua legislação, havendo, então, um direito independente

---

[34] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 37-38.

[35] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 38-39.

[36] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 41.

[37] VALLADÃO, Haroldo. Historia do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p.41.

do poder político dominante, cuja dimensão territorial e extensão dos respectivos territórios eram incertas. E daí uma *pluralidade legislativa* a que passaram a viver os povos, conquistadores e dominados, respeitando os primeiros o direito de sua origem étnica, do seu sangue e da sua raça (*Stammrechte*), passando a viger, na Europa, lado a lado, para os diversos habitantes, as leis antigas, romanas e as novas, visigóticas, franco-sálicas, burgúndias, lombardas, franco-ripuárias, alamanas, bávaras etc[38].

O moderno direito tem na sua base três grandiosas construções legislativas: o *Corpus Juris Romani*, o *Corpus Juris Germanici* e o *Corpus Juris Canonici*.

O *Corpus Juris Romani* é a extraordinária compilação *justinianea*, sem a qual o direito romano não teria acesso entre os povos modernos (Ahrens). As *Pandectae seu Digesta*, as *Institutiones*, o *Codex repetitae praelectionis* e as *Novellae* são outros *monumentos jurídicos* que estão na base do direito da civilização ocidental. Há, ainda, como dito, o *Corpus Juris Germânico* e o *Corpus Juris Canônico*.

No período franco e no período feudal, as necessidades da vida em comum levaram os diferentes povos germânicos estabelecidos na Europa central e meridional a reunir em coleções mais ou menos importantes o primitivo direito consuetudinário e a leis posteriores surgidas para regular as novas relações provenientes dos feudos. A essas coleções propriamente legais juntaram-se, progressiva e continuamente, escritos diversos, muitos deles anônimos, obras a um tempo de legislação e de jurisprudência, comentários, compilações de toda ordem, que enriqueceram o direito anterior. O *Corpus Juris Germanici*, assim, foi constituído, sem plano e sem unidade, contendo, então, as seguintes leis especiais: *Lex salica* (onde se encontra uma glosa denominada *malbergica*, que segundo alguns escritores tem uma origem celta); *Lex ripuaria* ou *Ripuariorum* (dos franco-ripuários, que se supõe ter sido escrita por ordem do rei Theodorico 2º; *Lex Francorum chamavorum*; *Lex Burgundiorum* ou *Lex Gundobalda*; *Lex*

---

[38] VALLADÃO, Haroldo. Historia do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 41.

alamannorum (primitivamente recolhida com o nome de *Pactus*); *Lex Wisigothorum* (que chegou a vigorar na Espanha, mais tarde, sob o nome de *Fuero Juzgo*); *Lex Bajuvariorum*; *Leges Longobardicoe* ou *Longobardorum*; *Lex frisonum*; *Lex saxonum*; *Lex Angliorum et Werinorum*, *hoc est Thuringorum*; *Capitularia regum francorum*; *Sachsenspiegel* (*espelho de Saxe* – legislação que esteve em vigor no reino educado de Saxe); *Schwabenspiegel* (*espelho de Suabia*, compilação de direito territorial feudal servindo de base ao direito particular da Frisa).

Para Haroldo Valladão[39], no entanto, sequer teria existido um *Corpus Juris Germanici*. É que, dada à existência de um sistema legislativo multiforme (o dito *regime de personalidade das leis*) e, portanto, de vários direitos, nem mesmo haveria, consoante Valladão, como falar num *Corpus Juris Germanici*. O regime de personalidade das leis, aliás, viria a desaparecer em razão da redução de diversas leis pessoais a uma ou a algumas, ao lado da lei romana, e a opção por uma ou outra com caráter territorial pela legislação geral ou como usos do país. A unificação de várias matérias, tais como o casamento, por meio do direito canônico e da sua expansão, e o renascimento do estudo do direito romano, em especial na Universidade de Bolonha, com as glosas e o resgate do Código de Justiniano, em definitivo contribuíram para a extinção do sistema da personalidade das leis[40].

O Direito canônico, por sua vez, é muito distinto do direito germânico. O direito germânico, como dito, acentua um caráter individual e particularista, no que se difere, por exemplo, do direito romano. Os povos germanos chegaram muito tarde ao conceito de Estado unitário, politicamente centralizado. Eles não tiveram, como os romanos, um direito uno e geral, mas, sim, fragmentado ao extremo, segundo as necessidades morais e políticas das populações a que tinha de servir. Isso não acontece com o Direito Canônico, que tem numerosos pontos de contato com o Direito

---

[39] VALLADÃO, Haroldo. Historia do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 43.

[40] VALLADÃO, Haroldo. Historia do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 43.

Romano[41]. O *jus canonicum* ou *direito da Igreja* não podia deixar de ter uma aspiração universalista como a sociedade da qual provinha e cujas necessidades morais e práticas era chamado a satisfazer. O espírito do cristianismo submeteu Roma e a nova capital bizantina do império já cambaleante. Constantino, convertido, não tardou em fazer também do Estado a religião que adotara (ano 323). O governo, sete anos depois, viria a se mudar para as margens do Bósforo. E é ali que vamos encontrar, autorizada e regulada por ato imperial, a jurisdição dos bispos em todas as causas civis entre todas as pessoas, maiores ou menores, desde que o autor ou o réu tivessem optado pelo julgamento episcopal[42].

É na Constituição de 331 que haverá, então, previsão legal de uma antiga prática dos cristãos, recomendada por São Paulo, no sentido de que todas as causas que devem ser julgadas segundo o direito pretoriano ou o direito civil, terminadas pelas sentenças dos bispos, sejam decididas de uma maneira estável e perpétua, e que não mais seja permitido voltar a um negócio sobre o qual eles já se tenham pronunciado, e que todos os juízes recebem sem dificuldade o testemunho prestado por um só bispo e que não se ouça outra testemunha quando uma das partes tiver invocado o testemunho de um bispo[43].

Essa prática, depois de Constantino, veio a ser confirmada pelos códigos Theodosiano e Justinianeo.

A primeira fase do Direito Canônico teve por fontes os dois Testamentos, a tradição e a palavra dos apóstolos. Durante esse período, não havia uma autonomia do Direito Canônico, limitando-se ele a modificar o velho direito dos romanos, adaptando-o aos ideais e usos da Igreja. A vida própria do Direito Canônico, no sentido de se afirmar como entidade jurídica, ocorreu pouco a pouco. Vieram os concílios ecumênicos ou gerais, e

---

[41] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 43.

[42] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 44.

[43] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 44.

em seguida outras fontes que passaram a constituir o todo do Direito Canônico. O *Corpus Juris Canonici*, como compilação ou como código, viria aparecer muitos séculos depois, já no declínio da Idade Média, pois de fato e sem organização já existia desde há muito.

Algumas das coleções que compõem o *Corpus Juris Canonici* são: a) o *Decretum de Gratianus* (ou Graciano), monge e professor em Bolonha, por volta de 1141 e 1155; b) as *Decretaes*, de Gregório IX, colecionadas por Don Raymundo de Penaforte, dominicano catalão, cuja publicação se deu a mando do pontífice Gregório; c) o *Liber Sextus Decretalium*, compilação feita por três bispos, cuja publicação deu-se por ordem do papa Bonifácio VIII; d) as *Clementinas*, organizadas por Clemente V, mas publicadas por um dos seus sucessores[44].

Quando e onde, porém, se deu a confluência dessas correntes jurídicas diversas, desses elementos todos? Pois bem.

Com a invasão do mundo romano e com a queda da capital do Ocidente, os bárbaros passaram a ocupar e dominar a maior e melhor parte da Europa, implantando seus costumes e leis. A civilização romana, então, recuou e ficou estagnada no oriente. O direito romano, porém, mesmo durante a elaboração e o predomínio das instituições fundadas pelos bárbaros, persistiu – ao que se sabe, logo após a invasão, em alguns pontos da Europa, foram organizadas coleções de leis romano-bárbaras que vigoraram durante muitos séculos. O direito germânico, porém, dominou e predominou sobre o romano durante seis ou sete séculos da Idade Média. No período que vai desde o século VI ao século XII, a parte sul e centro-oeste do continente europeu apresenta um direito romano e um direito germânico que se acostam e se cruzam. Ali se encontrarão os países de direito escrito e os de costume, predominando, em todo caso, os costumes dos povos vencedores. Na parte norte e oriental do continente, no entanto, quem domina soberano é o direito barbárico, do que constituem exemplo as legislações da Escandinávia, de Flandres, da Helvecia alemã, das

---

[44] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 45-46.

províncias russas do Báltico, dos saxões, da Transilvânia etc. Na primeira região, na parte sul e centro-oeste do continente, o direito privado dos germanos foi intensiva e extensivamente modificado, acontecendo, porém, o contrário com o direito público, em cujo departamento as instituições romanas acabaram sendo avassaladas totalmente[45].

Em meio a tudo, o direito canônico foi abrindo caminho e se impondo às populações romanas e bárbaras, aos indivíduos, povos, reis e Estados, passando a constituir o traço de união entre a antiga e a nova era, conformando-se ou se opondo à regra da personalidade das leis, do estatuto pessoal, e se adaptando às instituições germânicas. Com as vitórias nas batalhas contra seus inimigos, o rei Clovis e o imperador Carlos Magno passaram a fortificar a Igreja, e esta passou a alargar sua jurisdição sobre os negócios da religião. Foi aí que começaram a funcionar as *Capitulares*, mecanismo judiciário caracterizado pela participação dos bispos na administração civil, na qualidade de *missi dominici*: magistrados que tinham autoridade e inspeção sobre todas as coisas e pessoas[46].

Esse *estado de coisas*, nítido no período carlovíngio da dominação germânica, manteve-se nos períodos subsequentes – feudal e costumeiro -, com pequenas modificações: povos germanos dominando as populações romanas no que diz com o Direito Público[47]; povos germanos permitindo, no entanto, às populações romanas o uso e gozo do seu Direito Privado originário; o Direito Canônico avultando e planando sobre os dois direitos de base étnica, incorporando-se ao romano e se adaptando ao germânico[48].

---

[45] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 48-49.

[46] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 49.

[47] STOLLEIS, Michael. O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI. Coordenação de Ricardo Campos. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP: Linha direito comparado), p. 25.

[48] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 49.

O ponto de convergência dessas vertentes do direito está nos séculos XII e XIII. No século XII o direito justiniano renasce passando a ser ensinado nas escolas e universidades ao lado do Direito Canônico. No século XIII começam a avultar os *costumeiros*, aparecendo combinados os três elementos jurídicos dominantes nas sociedades europeias.

No século XII surge a Escola de Bolonha e as glosas de Irnerius e seus discípulos. Também há o *Decretum Gratiani*, objeto das glosas e comentários na Itália e na França, em especial. O século XIII, por sua vez, lembrará os costumeiros e o *Speculum Juris*, de Durand, uma espécie de tratado do direito romano e do direito canônico.

É na Universidade de Bolonha, cuja criação remonta ao século V com Teodorico II, que se iniciará, no século XII, o ensino do direito romano com cursos realizados por meio das *summa*, dos *casus*, dos *brocarda*, das *quaestiones* e das *glossa*, versando, principalmente, sobre o Digesto, as Institutas, as *Novellas* uma parte do *Codigo* e o *Epítome* de Julianus[49].

É dessa época o *Decretum Gratiani*, um ensaio de codificação canônica, cuja data oscila entre 1141 e 1155, aproximadamente. O monge Graciano viveu em Bolonha ao tempo em que o glosador Jacob lecionava na Universidade. O *Decretum* imitara o Digesto no seu modo de dividir e classificar o seu conteúdo, e também foi explicado e ensinado em Bolonha ao mesmo tempo em que o *Corpus Juris Civilis*.

Não só em Bolonha, mas em outros centros universitários da França e Itália, os direitos romano e canônico foram objeto de ensino e propaganda. Aliás, foram os papas e seus delegados que criaram ou confirmaram tais universidades, em especial as francesas, dando-lhes, assim, uma origem ao mesmo tempo leiga e eclesiástica[50]. No século XIII, então, e nos seguintes, é que se dará a fusão legal dos elementos que a doutrina já misturava, e isso terá lugar no reino dos Francos. É nos costumeiros que se encontrará essa fusão. Os *costumeiros* são obras compostas

---

[49] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 52.

[50] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 53-54.

por práticos. Nelas se recolhem os usos de cada província relativos ao Direito Civil e Criminal, e algumas regras de Direito Público, tudo de modo a alcançar de uma maneira mais metódica o direito em vigor no seu conjunto. Segundo Izidoro Martins Júnior, dentre os mais importantes costumeiros do século XIII encontram-se *Guido*, *Le livre de la reyne Blanche*, *Etablissements de Saint Louis*, *Coutumes de Beauvoisis*, *Anciens usages d'Artois* e *Li livres de jostice et de plet*. O texto deste último seria formado de direito romano e direito canônico traduzidos, de direito costumeiro, de estabelecimentos ou ordenações do rei e de julgamento da corte. Essa mesma tendência de assimilação de uma aliança entre tais direitos em vigência na Idade Média revela-se no *Speculum Juris*, obra célebre de Guillaume Durand, cuja data presumida é de 1270. O *Speculum* foi considerado por Savigny uma das fontes mais importantes da história dogmática do Direito. Nele o Direito Romano e o Direito Canônico são expostos combinadamente, servindo de fontes para o primeiro, o romano, as admitidas pelos glosadores, e, para o segundo, o canônico, as *Decretaes* de Gregório IX.

Na síntese, o Direito das nações modernas emergiu da combinação das três correntes jurídicas – romana, germânica e canônica -, tendo como período histórico a Idade Média, primeiramente nas universidades, nas vozes de Irnerius, Gratianus e de seus continuadores, e, depois, pela confecção dos costumeiros e das demais obras jurídicas cuja inspiração veio das necessidades do tempo. São os séculos XII e XIII o ponto de convergência e de intersecção dessas grandes linhas do direito ocidental, traçadas pelos romanos e germanos, e pela aptidão construtora e sistematização talentosa da Igreja Católica[51].

[51] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 56-57.

III

Direito e justiça nas comunidades primitivas

1. Direitos da Antiguidade

Os documentos mais antigos de natureza jurídica datam de cerca de 3.000 anos da nossa era. Aparecem no Egito e na Mesopotâmia. No segundo milênio, as regiões do Elam, país dos Hititas, a Fenícia, Israel, Creta e Grécia, também *acordam para a história do Direito*. No primeiro milênio, Grécia e Roma, então, irão dominar, até quase todos esses países serem reunidos no Império Romano, durante os cinco primeiros séculos da nossa era. Índia e China, no oriente, também conhecem o nascimento dos seus sistemas jurídicos nessa época[1].

Como esclarece John Gilissen[2], há pouco mais de cem anos não se conheciam os demais direitos da antiguidade, salvo os direitos romano, grego e hebraico. Com as descobertas arqueológicas, publicação e tradução de documentos jurídicos, é que foi possível reconstituir, por exemplo, o desenvolvimento dos direitos egípcio e cuneiformes.

2. Os direitos cuneiformes

Direitos cuneiformes são o *conjunto dos direitos de maior parte dos povos do Próximo Oriente da antiguidade que se serviram de um processo de escrita, parcialmente ideográfico, em forma de cunha ou de prego*[3].

---

[1] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 51.

[2] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 51.

[3] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 58.

No processo da escrita, há centenas de anos, a escrita cuneiforme representou uma evolução. Como isso se deu? Pois bem. Nas aldeias neolíticas, a transmissão oral e pessoal era suficiente para as relações estabelecidas no interior de pequenos grupos. Não se exigia, como sofisticação, nada mais que isso. Em agrupamentos maiores, porém, a situação era diversa. Nem todos se conheciam; os empreendimentos podiam durar mais de uma geração. Então, a simples transmissão oral não era mais suficiente. Necessitava-se, portanto, encontrar formas interpessoais e objetivas, a fim de evitar que um sinal deixado por alguém viesse a se tornar uma *obra aberta*, sujeita a diversas interpretações. Ou seja, esse sinal, explica Jaime Pinsky[4], devia ser um símbolo específico que significasse uma mensagem específica. Não se estava tratando, por certo, de concepções ou teorias, mas de altura de paredes de templos, quantidade de cereal, volume da água etc. Então, a complexidade e a objetividade das relações econômicas que se estabeleciam iriam, por certo, exigir cálculos precisos, anotações claras, ou seja, registros inteligíveis, tanto para quem os fazia como para outros participantes do projeto comum. A sociedade precisava, assim, acordar sobre determinados significados que por ela deviam se atribuídos aos símbolos a fim de utilizá-los para seus objetivos comuns (Gordon Childe). É nisso, pois, que se constituiu a invenção de um sistema de escrita.

Os primeiros símbolos são praticamente autoexplicativos, *pictogramas*. A escrita pictográfica, porém, não é uma reprodução exaustiva e naturalista do objeto a ser representado, pois, para falar de boi, por exemplo, não havia necessidade de mostrar seus pelos ou cascos, mas simplesmente traçar sua figura de forma esquemática a fim de se saber ao que se queria referir. Eis aí o início da escrita!

Evidentemente, explica Pinsky[5], nem todas as coisas eram bois, cuja representação estilística era e é possível. Então, a solução foi atribuir a certas coisas representações mais ou menos arbitrárias. Assim é que um jarro

[4] PINSKY, Jaime. As primeiras civilizações. 20 ed. São Paulo: Contexto, 2001 (Repensando a história), p. 72-73.

[5] PINSKY, Jaime. As primeiras civilizações. 20 ed. São Paulo: Contexto, 2001 (Repensando a história), p. 74-75.

de bico, por exemplo, representava um volume determinado (um *gur*). Um *gur* de cerveja era representado desenhando-se três traços no jarro, enquanto um *gur* de cevada era representado por dois traços.

Como isso também não resolvia o problema da representação de normas ou de ideias, uma nova evolução veio ocorrer nesse processo. *Boca* em sumério era *ka*. Assim, a representação de uma boca não queria dizer apenas boca, mas, também, o som atribuído à representação, ou seja, *ka*. Combinando-se o fonograma *ka* com outros fonogramas, era possível, então, pronunciar certos nomes compostos ou ideias sem a necessidade de criar novos ideogramas. Diminuem-se, assim, o número de ideogramas[6] e são mantidos apenas os básicos. Foi assim que entre os anos de 3000 e 2500, o número de ideogramas possivelmente caiu de 2.000 para 600[7].

Essa simplificação também veio ocorrer com os símbolos. Por causa da necessidade de escrever rapidamente, os sinais passam a guardar pouca ou nenhuma lembrança dos rascunhos estilizados iniciais. São formados, então, com a impressão de um estilete em forma de cunha na argila ainda mole. Daí o nome de *escrita cuneiforme* a ela dada[8].

Quanto ao direito em si, não há um direito cuneiforme único. Há, sim, um conjunto de sistemas jurídicos, de períodos e de regiões diferentes, que apresentam certa *unidade*. As regiões da Suméria, da Acádia, da Babilônia, da Assíria, de Mitanni, de Urartu e de centros como Alalakh e Ugarit – estas próximas do Mediterrâneo -, além do reino dos Hititas onde hoje é a atual Turquia, são regiões onde se desenvolveu o direito cuneiforme[9].

---

[6] Ideogramas são símbolos gráficos utilizados para representar palavras ou conceitos.

[7] PINSKY, Jaime. As primeiras civilizações. 20 ed. São Paulo: Contexto, 2001 (Repensando a história), p. 75.

[8] PINSKY, Jaime. As primeiras civilizações. 20 ed. São Paulo: Contexto, 2001 (Repensando a história), p. 75-76.

[9] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 58.

III. Seção I. O Código de Hamurabi

1. Algumas características do Código de Hamurabi

O Código de Hamurabi (ou Hammurabi, ou, ainda, Kamurabi[10]), na antiguidade, é o *monumento jurídico* mais importante, antes de Roma. Hamurabi foi rei da Babilônia. Não há uniformidade entre os historiadores quanto à data em que teria sido redigido. Segundo Gilissen[11], porém, isso deve ter ocorrido *provavelmente* por volta de 1694 a. C.

O texto do Código de Hamurabi está gravado na chamada *estela de Hammurabi*, que foi descoberta em Susa em 1902[12], estando, atualmente, em Paris, no Museu do Louvre. Não é ele o código mais antigo do mundo, mas, sim, a chamada *tabuinha de Istambul*, descoberta em 1952, onde se encontra o Código de Ur-Namu[13], também mesopotâmico. Embora não seja o mais antigo, o Código de Hamurabi, como dito, é o mais famoso, mais importante.

O Código de Hamurabi é precedido de um prólogo de grande beleza literária e contém três partes: na primeira, o legislador consigna suas glórias; na segunda, há 282 parágrafos (artigos) dos textos legais; na terceira, o rei abençoa os sucessores que seguiram as leis de seus códigos e amaldiçoa seus infratores. Essa última passagem é muito semelhante ao texto do *Deuteronômio*, da Bíblia, em que Moisés ataca duramente os transgressores do *Decálogo*, com bênçãos para os observantes[14]. Teria sido a obra de Hamurabi, então, *original*?

---

[10] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 29.

[11] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 61.

[12] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 17.

[13] Ur-Namu é o soberano que deu início, nos finais do terceiro milênio, à terceira dinastia de Ur. O Código de Ur-Namu constitui a mais antiga recolha legislativa. Um primeiro fragmento, numa pequena tábua conservada no Museu de Istambul, foi decifrado no início dos anos cinquenta do século passado por S. N. Kramer. A segunda recolha legislativa, por ordem cronológica, é o código sumérico de Lipit-Istar (1934-1924 a. C.). As leis de Esnunna (Tell Asmar) – uma cidade à esquerda do Tigre, não longe de Bagdá – apresentam-se em língua acádia, e precedem em algum tempo o código de Hamurabi. BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 321.

[14] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 17.

Jaime Pinsky[15] faz uma crítica quanto à importância de Hamurabi e a originalidade da sua obra. Segundo Pinsky, num primeiro momento, teria acontecido o fenômeno de *superestimação* da obra de Hamurabi, de seu reinado, enfim, de seu código, e, num segundo momento, o da *subestimação*. De início, explica Pinsky[16], imaginou-se estar diante de um legislador, autor de uma série de leis básicas para o mundo civilizado, novas e até revolucionárias. Seu código, aliás, a partir da sua divulgação, há 38 séculos, vem merecendo sucessivas reedições com todas as línguas. Depois, verificou-se que Hamurabi não criara novas leis e que seu código não era propriamente inovador, pois revelava apenas práticas sociais comuns, encontradas em documentos de outros povos da região. E se passou, então, a minimizar sua importância. Hoje, porém, é possível ter uma visão mais equilibrada de Hamurabi. Chefe militar importante do século XVIII a. C., Hamurabi, após realizar importantes conquistas militares, teve a preocupação de unificar a legislação. O resultado, nesse sentido, foi dos melhores, pois o Código, inclusive, é um modelo de língua babilônica, além de refletir o direito da época. Não é, por certo, um *projeto de mudanças sociais*, pois Hamurabi legisla a partir do reconhecimento da existência de três classes distintas: os ricos, o povo e os escravos. Os ricos, por exemplo, tinham mais privilégios, mas pagavam mais impostos. Um delito contra um rico, por sua vez, seria punido de forma mais severa. Já os escravos, a seu turno, com seus direitos delimitados em lei, podiam casar-se com mulheres livres e possuir bens; porém, eram marcados como gado, pois não deixavam de ser propriedade de alguém[17].

O Código de Hamurabi também não é um código especializado, pois contém todo o ordenamento jurídico da cidade: organização judiciária, direito penal, processual, contratos, casamento, família, sucessões, direito de propriedade. É, assim, código civil, código penal, código de processo, código comercial e de organização judiciária. Não tem ordem sistemática,

[15] PINSKY, Jaime. As primeiras civilizações. 20 ed. São Paulo: Contexto, 2001 (Repensando a história), p. 80-82.

[16] PINSKY, Jaime. As primeiras civilizações. 20 ed. São Paulo: Contexto, 2001 (Repensando a história), p. 81-82.

[17] PINSKY, Jaime. As primeiras civilizações. 20 ed. São Paulo: Contexto, 2001 (Repensando a história), p. 82.

pois é uma coletânea de julgados ou de hipóteses acompanhadas de decisões. Os artigos do Código caracterizam-se, assim, por apresentar o caso concreto acompanhado de sua solução jurídica[18]. O casuísmo, portanto, caracteriza-o, sendo muito minucioso no que concerne às punições. Veja-se, por exemplo, que o código pune o adultério com pena de morte para os adúlteros. Já o homem que repudia sua mulher fica obrigado a sustentá-la, não se reconhecendo direitos para a concubina. O incesto também é proibido com penas severas. O código admite também a *Lei de Talião*, a do *olho por olho, dente por dente*. Assim, por exemplo, se um arquiteto for o responsável pelo desabamento de uma casa e pela consequente morte dos moradores, os familiares do arquiteto poderão ser mortos. Quanto ao direito de propriedade, por sua vez, é rigorosamente defendido. Assim, se um homem for roubado num município e o ladrão não for achado, ele, a vítima, poderá exigir das autoridades do município a quantia em que foi lesado[19].

Os babilônicos acreditavam ter Hamurabi recebido o código do deus Sol (*Shamash*)[20]. O deus Sol, assim, teria confiado o código a Hamurabi, tornando-o *rei do direito*, com a missão de decidir com equidade e disciplinar os maus e os mal-intencionados, impedindo que o forte oprimisse o fraco. O direito babilônico, como também afirma o Código de Ur-Nammu, é um *regulamento de paz*; o rei é um *justiceiro* e um *protetor dos fracos*, que são os órfãos, viúvas e pobres. É ele, o rei, que deve garantir a liberdade de cada um[21]. O oprimido, nas palavras de Hamurabi, encontraria no Código o seu direito[22].

É possível afirmar que, na época do código, já havia um sistema jurídico muito desenvolvido, em especial no que diz com o direito privado, com os contratos. Os mesopotâmios praticavam a venda, inclusive a

---

[18] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 296.

[19] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 18.

[20] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 296.

[21] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 61-62.

[22] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 297.

crédito, o arrendamento, o empréstimo a juros etc. Faziam, inclusive, operações bancárias e financeiras de grande escala. Como havia uma economia de troca e relações comerciais, na época de Hamurabi foi criada a técnica dos contratos, embora não houvesse uma *teoria* (abstrata) do direito contratual, das obrigações. Os romanos, posteriormente, com a expansão da técnica pela bacia do Mediterrâneo, herdaram-na e a sistematizaram[23].

John Gilissen[24] lembra, ainda, que regras de um período anterior ao próprio Código de Hamurabi subsistiam. É o caso, por exemplo, da possibilidade de o pai insolvente entregar a mulher e os filhos ao credor para trabalharem para este; da poligamia a permitir ao marido cuja esposa é estéril tomar outra mulher; do direito penal, que, como dito, continua extremamente severo etc.

O Código de Hamurabi, nesse aspecto, punia severamente o falso testemunho, por exemplo. Como já referido, alguns crimes eram punidos com penas draconianas, tais como a pena de morte, executada de forma cruel e desumana (afogamento, crucificação, mutilações, escravização). Para as infrações menos graves, penas pecuniárias. Para o roubo, pena de morte. Furtos de coisas de pequeno valor, amputação das mãos do ladrão ou pagamento de multa. O rapto de mulher era punido com a pena de morte[25].

No que diz com a situação da mulher, esta tinha grande independência com relação ao marido. Administrava o dote que recebia do pai quando do casamento, podendo assumir cargos públicos e demandar em juízo. O marido, por sua vez, tinha o direito de castigá-la em caso de infidelidade e de tomar uma esposa secundária (concubina) que, no entanto, não teria os mesmos direitos da primeira. Os filhos varões, a seu turno, herdavam a fortuna do pai, que deixava sempre um dote para a filha[26].

---

[23] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 63.

[24] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 63.

[25] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 297.

[26] PINSKY, Jaime. As primeiras civilizações. 20 ed. São Paulo: Contexto, 2001 (Repensando a história), p. 82.

Não é novidade alguma o fato de que a família, em todas as épocas, influenciada por poderosa mística, onde o elemento religioso e o elemento moral estão sempre presentes, aparece como a base de sustentação da sociedade. O que tem variado no tempo e no espaço, porém, é a sua forma de se constituir. Assim, se a poligamia foi a tônica dos povos orientais, não é menos exato que os povos do Ocidente tiveram a monogamia como regra. A referida característica comum do casamento no Oriente se explica mesmo em face dos Códigos de Hamurabi e de Manu. Se o de Hamurabi acolhia o princípio da união monogâmica, este, contudo, não era tomado sob critérios rígidos em dadas circunstâncias. E se o de Manu continha preceito de que a família perfeita seria a formada de pai, mãe e filhos, tal preceito não se impunha como norma obrigatória. Nessas condições, ao passo que a monogamia, para babilônios, era a regra e a poligamia a exceção, para hindus, a regra sem exceção era a poligamia[27]. O *amelu* (homem livre) só tinha direito legal a uma esposa: aquela que tivesse obtido o contrato. O instituto fundamental da família era o casamento. Para ter validade, exigia um contrato, sem o qual a mulher não era considerada esposa legítima[28].

O Código de Hamurabi assegurava ao homem o direito de tentar a descendência por outros meios, caso não a conseguisse por meio da esposa. Esta podia mesmo oferecer ao marido um escrava como concubina, que, gerando filhos, não deveria ser mais objeto de transação (art. 146, *caput*). E se se abstivesse de concorrer com a legítima esposa, adquiriria a liberdade após a morte do seu senhor (art. 146, *in fine*). Se a concubina também não gerasse filhos, a lei ainda autorizava o homem a contrair novas núpcias, ficando a segunda esposa obrigada a respeitar a precedência da primeira (art. 145).

[27] NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do direito. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 47.

[28] NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do direito. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 47. PAULA, E. Simões de. Hamurabi e o seu código. In: Revista de História. Vol. XXVII. Ano XIV. Nº 56. Outubro-Dezembro/1963, p. 257-270.

III. Seção II. O direito hindu e o Código de Manu

1. Breve introdução ao direito dos povos orientais (sistemas jurídicos tradicionais não europeus)

Entre os povos do Oriente, em termos de civilização humana, há, de um lado, os que, em razão da língua, pertenciam à família hindu-europeia (arianos). Aí está o parentesco entre hindus, bactrianos, medos, persas, germanos, gregos, romanos, eslavos e, provavelmente, os celtas. Por outro lado, há os que pertenciam à família semítica: babilônios, sírios, hebreus, fenícios, cartagineses, árabes, lídios e, possivelmente, os antigos assírios e os antigos egípcios. Essas duas raças de povos, explica Enrique Ahrens[29], saíram da sua origem e se cruzaram e mesclaram de diferentes modos na Ásia, África e Europa, chegando a ser os guias, os condutores da civilização.

Já os povos mongóis, com exceção dos chineses, como hordas guerreiras, fundaram tão somente dominações transitórias; os povos negros, por sua vez, teriam oferecido importantes graduações na suscetibilidade e receptividade de cultura, mas, segundo Ahrens, não teriam exercido influência alguma nos progressos da humanidade. Assim, a análise da importância de tais povos para a civilização fica por conta da consideração dos hindu-europeus, da família semítica e dos chineses.

Os povos hindu-europeus (ou indo-europeus) devem ser considerados como filhos conhecidos de uma língua-mãe comum. A origem dos povos hindu-europeus está na vertente oriental do Himalaia. É de lá que levam o nome comum de arianos e é de lá que emigraram, muito provavelmente em razão do frio das montanhas e dos distúrbios internos[30].

Ao lado ocidental dirigiu-se uma tribo ariana, que possuiu o vale fecundo do Indo (Sindhu) e seus cinco afluentes (Pendyab). Dali se foi

---

[29] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 51.

[30] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 52.

encaminhando ao Ocidente, até o Ganges superior e central, e, por fim, até o sul (Decan).

Outra tribo, o antigo povo que falava a língua zenda, estendeu-se mais ao leste, até a Bactriana, Media e Pérsia. Vieram para a Europa em diversas direções: de um lado, os celtas com o druidismo, que foram até a Bretanha, a Gália e a Espanha, onde se mesclaram com os iberos que ali habitavam; de outro lado, os antigos ítalos e os gregos, os germanos e os eslavos.

O assentamento originário do povo semita é mais difícil de determinar. Não se sabe se é a Armênia, a Arábia ou o Egito. Todos eles, porém, foram locais onde essas tribos semitas estiveram circunscritas.

Os povos arianos e semitas, desde cedo, mostravam uma cultura relativamente adiantada. Inclusive, talvez tenha existido nos antigos povos arianos e semitas uma cultura superior a que hoje possuem. Para Enrique Ahrens[31], o nascimento da cultura primitiva somente pode ser concebido, em geral, como a origem da linguagem e das línguas civilizadas com aquela enlaçadas. Incluam-se aí a força divina, infundida no espírito dos homens, e o influxo das forças naturais e espirituais, que também para isso contribuíram.

O caráter do Oriente foi determinado de forma distinta. É possível afirmar que no Oriente histórico vigia uma unidade, um enlace entre as esferas da vida – religião, Direito, Estado, ciência, arte etc. – e uma tendência ao fim comum que aparecia como um fim supremo para cada povo. Essa unidade, porém, explica Ahrens[32], não seria uma *unidade interior* a permitir o livre movimento dos seus membros particulares. Seria tão somente uma *unidade exterior* a moldar a vida e para compensar a declinação dos motivos internos por meio de instituições externas e disposições coativas.

---

[31] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 52-53.

[32] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 54.

O mundo oriental, em seu desenvolvimento histórico, mostra, de um lado, uma degeneração crescente; de outro, a aparição de reformadores que, ao se vincularem às doutrinas e tradições originais do povo, mediante uma ideia mais pura e compreensiva de Deus e de sua relação com a humanidade, aspiram melhorar as bases morais e jurídicas da sociedade. O exemplo disso é Buda, que foi um reformador do brahmanismo; Zoroastro, reformador da religião zenda na Pérsia; Confúcio, na China; e Moisés, entre os hebreus. A religião judaica, aliás, foi o ponto de partida de outras duas religiões: o cristianismo, que devia estender-se como religião universal, e o Islamismo, que, segundo Enrique Ahrens[33], teria sido *saudável* para muitas nações, tais como as africanas, que não podiam imediatamente *elevar-se à altura do Cristianismo*.

A luz religiosa veio do Oriente, que até hoje mantém um caráter predominantemente religioso sobre as outras esferas da vida. Isso, porém, consoante Ahrens, não é mais que um *mundo aprisionado em formas*; e somente podem reanimá-lo forças que deviam desenvolver-se com direção mais livre no Ocidente. Este teria recebido, então, a missão de informar viva e livremente todo o divino-humano, mediante a própria atividade e independência imanentes ao homem. As emigrações rompem laços e cadeias que oprimem nas terras natais, e isso forma uma intuição mais livre da vida. Foi assim que nas tribos arianas que emigraram do Oriente - os celtas, os ítalos, os gregos, os germanos e os eslavos - muitas coisas ganharam outra forma, talvez durante a peregrinação mesma, vindo a se constituir segundo seu caráter nacional, cada vez mais decidido, e suas aptidões e forças internas.

A civilização alcançada no Ocidente, no entanto, voltaria seus olhos ao Oriente. Assim, por exemplo, quando a vida grega chegou ao seu apogeu, Alexandre estabeleceu um órgão de relação entre o Ocidente e o Oriente, produzindo também um importante comércio espiritual. Mais tarde, o Cristianismo, nascido no Oriente e estendido pelo Ocidente, viria

---

[33] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 54.

promover um *concerto espiritual superior*. A partir daí começa uma ação recíproca entre os povos orientais e os ocidentais. Veja-se que a propaganda cristã penetrou na Pérsia; vieram as cruzadas; depois, o aumento do comércio e as conquistas, em especial de holandeses e ingleses; vieram os descobrimentos nos tempos modernos da literatura dos hindus e dos primitivos monumentos do Egito e da Mesopotâmia (Babilônia, Nínive). Todos esses fatos, portanto, mostram a direção e reação, num crescer, do espírito ocidental sobre o Oriente, possibilitando afirmar, com Ahrens, que os primitivos focos da cultura acabaram e que os povos que haviam se mantido em isolamento durante milênios tiveram de se abrir à civilização ocidental[34].

Em que pese a força exercida pela civilização e cultura ocidentais, na Ásia e na África ainda há sistemas de direito muito distintos dos do Ocidente, que fogem às regras e à lógica dos sistemas romanistas. Tais sistemas são jurídico-religiosos, ou seja, de fundamento religioso. Logo, a noção de direito é diferente daquela do mundo romano e da Europa medieval e moderna[35]. Ao lado dos direitos dos muçulmanos, dos chineses, dos japoneses e outros tantos, há o direito dos hindus, que aqui, neste momento, nos interessa para fins de explanação. O direito dos muçulmanos, em que pese constituir manifestação distinta da do direito ocidental, será visto em momento oportuno, e não neste espaço destinado ao direito das comunidades primitivas, pois desenvolvido posteriormente ao advento da civilização judaico-cristã[36].

[34] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 55.

[35] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 101.

[36] Quanto ao direito dos chineses e dos japoneses, não serão objeto de exposição dados os limites do programa da disciplina de História do Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Como o livro tem fins didáticos e é destinado aos alunos do curso de Direito dessa instituição de ensino universitário, não haveria por que discorrer sobre tais sistemas jurídicos.

2. O que é o Direito Hindu?

O Direito hindu é o direito da comunidade bramânica, hinduísta. Essa comunidade religiosa - é um direito religioso e tradicional, portanto - praticamente vive toda na Índia. Daí a advertência feita por John Gilissen[37]: não se pode confundir com o *direito indiano*. Este é um *direito territorial da Índia enquanto Estado*; é constituído pelas leis da República Indiana. Claro que os direitos das comunidades religiosas, de fato, ainda subsistem. Isso porque, lembra Mario Losano[38], a prática corrente muitas vezes não se adequa às normas oficiais e continua a seguir as tradições, ainda que de forma atenuada. Na sua forma atual, porém, o direito indiano mostra-se semelhante ao direito anglo-saxão: costumes que remontam a tempos imemoriais e acompanhados de normas escritas fundamentam e acompanham uma prática judiciária caracterizada pelo princípio do precedente obrigatório. O conteúdo dessas normas, dessas sentenças e desses usos, obviamente, é diferente do anglo-saxão; a forma definitiva do direito indiano vigente atualmente é, no entanto, conferida pelo direito inglês[39].

---

[37] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 102.

[38] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 492.

[39] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 492. Uma didática explicação – que recomendo - sobre a distinção entre Direito hindu e Direito indiano pode ser encontrada em: CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O hinduísmo, o direito hindu, o direito indiano. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 104, p. 71-111, jan./dez. 2009. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67850/70458

O Direito hindu é o direito tradicional da Índia, que é aplicado *pelos* e *aos* adeptos do Hinduísmo em determinadas situações, enfatizando o Direito de família e coexistente com o Direito indiano. Não se deve confundir hindu com indiano. Os habitantes da Índia são os indianos. Dentre os indianos, aqueles que adotam o Hinduísmo como religião, são os hindus. Direito indiano e Direito hindu não são sinônimos. O primeiro é o Direito do Estado indiano, que se aplica a todo e qualquer de seus habitantes, não importando qual seja a religião. O Direito hindu, por sua vez, somente se aplica à comunidade hindu. O Direito hindu, assim, seria a espécie de *nómos* específico de comunidades religiosas de um país, mando de condutas; de perfil próprio da época medieval e também no estilo da Antiguidade, respaldado por extensas regras religiosas, morais e mandamentais. O Direito hindu, dada a complexidade voltada ao subjetivismo, depende da consciência do indivíduo e não do poder estatal, que assume contornos político-administrativos especiais. O Direito hindu, atualmente, continua a ser, para a maioria dos indianos, o único sistema de Direito que diz respeito à sua vida privada, a exemplo do art. 45 da Constituição que prevê a generalização do sistema de elaboração de um Código Civil, comum a todos os cidadãos da Índia. O Direito indiano dos dias atuais, segundo os observadores internacionais, açambarca a realidade sociológica da Índia, em razão de uma economia moderna, que é mergulhada ou esbarrada em empecilhos das crenças indianas respaldadas e munidas de tradições milenares sempre veneradas. Embora a Índia seja um país travestido de perfil espiritualizado, quase nos moldes do Tibet, há sérios

3. Os quatro períodos do desenvolvimento da cultura dos hindus

O desenvolvimento da cultura geral dos hindus está entrelaçado com as alterações e a extensão da sua morada. Divisam-se aí, segundo Enrique Ahrens[40], quatro períodos. O primeiro período é aquele dos tempos em que os hindus habitavam juntos com as demais tribos arianas (ou árias). No segundo período – que, segundo Ahrens, seria aquele em que realmente começa sua verdadeira história -, os hindus teriam possuído a partir do oeste a região do Indo e do Pendyab. Por sua vez, o terceiro período começa em direção ao lado oriental, com a ocupação do vale do Ganges, e em direção ao lado do sul, com a colonização do Indo até as vertentes ocidentais do Vindya, onde, na metade do século VI a. C., floresceu o grande império hindu. Esse período é o tempo das lutas com as antigas tribos pertencentes não à raça ariana, mas, em sua maior parte, à negra: as *tchandala*, no Ganges; a negra *sudra*, no Indo; e a *gonda*, na montanha de Vindya, em cujas gargantas ainda hoje habitam. Foi nesse período que nasceu no país do Ganges o sistema das castas e a literatura a ele relativa, assim como sua reforma posterior a partir do budismo. No quarto período, dirigiu-se a colonização ao *Decan* meridional, onde igualmente foram submetidos os párias que ali viviam, e à ilha do Ceilão (até 543) que, na metade do terceiro século a. C., foi o principal assentamento do budismo expulsado da Índia.

3.1. O primeiro período

O que se conhece sobre o primeiro período da cultura geral hindu vem da primitiva leitura dos *Vedas* (da raiz *ved* – daí o latim *videre* -, ver, saber, conhecimento)[41]. O mais antigo dos quatro Vedas (*Rig-Veda*, *Sama-Veda*, *Yayur-Veda* e *Atarva-Veda*) é o *Rig-Veda*. Os *hinos* do *Rig-Veda*

---

defeitos a serem considerados. Quando se observa a discriminação e a não-aplicação dos direitos humanos na Índia, essa qualificação secular espiritual é descartada.

[40] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 56-57.

[41] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 57.

contêm ideias religiosas análogas as do antigo povo zenda, às dos gregos, ítalos e germanos, o que significa que essas raças teriam habitado a mesma morada antes da sua separação. Dentre tais ideias encontram-se, por exemplo, as de *pai do céu*, *Zeus*, *Júpiter*; do *mar celeste que rodeia o mundo*; da *mãe terra*; dos *raios do sol como um rebanho de vacas*; de um *deus poderoso do relâmpago e do raio* etc.

3.2. O segundo período

O segundo período é aquele em que o povo hindu já se havia estabelecido na região do Pendyab. Foi nesse período que se compuseram os hinos ou cantos do *Rig-Veda*. É desses hinos que se podem extrair algumas conclusões da vida nessa época, cujos pontos capitais, segundo Enrique Ahrens[42], seriam os seguintes: a divindade – de modo análogo à concepção persa, como *luz* – é honrada em três fenômenos luminosos, como deus do fogo, *Agni*; do raio e do trovão, *Indra*; e como deus do sol, *Surya*.

Ainda não existe nesse período o tão famoso sistema de castas. O povo acha-se dividido em várias pequenas tribos, que vivem da agricultura e do pastoreio, e que se desafiam com muita frequência. O desejo de possuir vacas, nesses tempos primitivos, é frequente causa de contendas.

O matrimônio é monógamo; a mulher, honrada, e, segundo sua vocação interior, partícipe da poesia religiosa. Não havia classe sacerdotal especial. Havia famílias de cantores, nas quais se conservam a arte e o conhecimento dos signos, e das quais mais tarde se formarão as famílias de sacerdotes.

À frente de cada pequena comunidade há um rei que, para os sacrifícios comuns, também é sacerdote comum, como o pai de família é o sacerdote em sua casa.

Subsiste a fé na imortalidade, mas não na transmigração. Esta viria a ser uma ideia posterior dos brahmanes. Nessas regiões, no entanto, o povo

[42] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 58.

aparece, em tempos posteriores, dado à bebida e ao jogo, vícios comuns a muitas das tribos arianas, tal como ocorre nas tribos semíticas com relação à lascívia e à crueldade que sempre as acompanham. Já com relação a outros caracteres fundamentais acontece o contrário, especialmente no que diz com a santificação do matrimônio e o respeito às mulheres. Aqui se acham virtudes passíveis de serem encontradas também entre os gregos, romanos, eslavos e germanos, cujas raças, nas palavras de Enrique Ahrens, chegaram a ser a *base de uma organização social mais nobre*[43].

3.3. O terceiro período

No terceiro período, o povo estende-se na parte superior do Hindustão e na superior e central do Ganges. Essas regiões foram conquistadas por meio de guerras com as raças indígenas selvagens. Ao cabo, teve lugar uma guerra interna para alcançar o poder superior na nova pátria, entre os sacerdotes e os chefes guerreiros da imigração, que, em decorrência da duração das guerras, haviam chegado a formar uma classe poderosa. A supremacia ao final - com a ajuda do povo que via nos sacerdotes a mais importante mediação para com os deuses, de onde vêm a vitória e a prosperidade, e os guardiões de suas memórias mais queridas - ficou para os sacerdotes, unidos também em uma classe social. Desenvolveu-se, por conseguinte, uma nova organização, sancionada por um novo sistema metafísico-religioso e social dos sacerdotes, que viria modificar essencialmente as doutrinas e instituições anteriores. A vida espiritual do povo, então, enfraqueceu e se interrompeu. As longas guerras, que constantemente produzem e alimentam o despotismo, haviam rompido as antigas e livres constituições municipais das tribos e colocado o verdadeiro poder nas mãos da nobreza militar e dos sacerdotes; o resto do povo fez-se lavrador, e dessa parte se separaram, mais tarde, os artesãos e os negociantes. Essa ordem de coisas foi sancionada também mediante um

---

[43] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 58.

sistema que determinou a posição dos indígenas submetidos com relação aos seus novos senhores: o sistema de *castas*[44]. A origem histórica das castas, portanto, está na guerra[45].

O sistema de castas foi preparado a partir da coleção, ilustração e refundição em muitas partes dos Vedas. Dita tarefa coube aos sacerdotes. Veja-se que é outro o espírito dominante no primitivo Rig-Veda (no essencial, os Vedas nasceram no período anterior ao terceiro período), distinguindo-se, pois, do Atarva-Veda, especialmente formado no terceiro período. No primeiro, encontra-se um amor ardente à natureza; no segundo, somente medo e terror diante de seus espíritos maus e suas forças mágicas. Antes de tudo, portanto, foi reformada a antiga religião no culto de Brahma, com a *Trimurti* de *Brahma*, *Vichnú* e *Siva*, as três manifestações do supremo *Brahm*, expressado como neutro. Nasce, agora, a doutrina da *metempsicosis*, da mistura das ideias de uma escala gradual dos seres, de uma sucessiva elevação moral dos espíritos e de uma circulação universal, observada na natureza e transportada para a vida psíquica. Soma-se aqui, ainda, a doutrina da diversidade de estados na outra vida, de um céu e de um inferno, este último pintado com cores terríveis, cujas penas consistem especialmente no renascimento sobre a terra. Por fim, então, funda-se metafísica e religiosamente o sistema de castas[46].

As castas são quatro: os *brahmanes*, iguais à divindade e superiores aos reis, governam no que se refere à religião e à justiça; os *xatryas*, guerreiros, de quem saem os reis e ministros; protegem o povo, exercem a caridade e leem os livros sagrados; os *vaisyas*, lavradores e mercadores, cuidam os animais, lavram a terra, dão esmolas, comerciam, emprestam

---

[44] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 59.

[45] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 391-392.

[46] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 59-60.

a juros e leem os livros sagrados; os *sudras* têm por único ofício servir aos demais. Nas palavras de Ahrens[47],

> Significan respectivamente las cuatro castas: favor propicio, poder, riqueza y abyección, felicidad, protección, liberalidad y dependencia. Juran, la primera, por su veracidad; la segunda, por sus armas y caballos; la tercera, por sus casas y granos de oro; la cuarta, por todos sus crímenes.

A condição de escravo era superior a dos sudras. É que os escravos procediam da guerra, da venda de si mesmo, da insolvência etc. Já a condição dos párias ou *chandalas* (*tchandalas*) é inferior: seu contato e sua sombra mancham. Os *chándalas* eram os indígenas não convertidos. Aqui se incluíam todos os que nasciam de uma união proibida entre as classes restantes[48]. Por baixo dos párias ainda se encontravam os *estrangeiros*.

As castas receberam sua consagração religiosa e emanam, respectivamente, da boca, do braço, da coxa e do pé de Brahma. O princípio que pode explicar essa instituição é aquele em razão do qual as classes superiores devem educar as inferiores. Segundo Ahrens[49], o abuso teria consistido no fato de que, ao invés de cumprir esse fim, o que deveria ser transitório se petrificou e, como tal, foi consagrado, produzindo dessa maneira o efeito contrário ao devido. De resto, não é tão difícil explicar a existência das castas. Estudando o que eram até há pouco e ainda são em parte as classes sociais, e levando em consideração as diferenças radicais entre uma e outra civilização, podemos dar-nos conta delas. E se os sudras significavam abjeção e juravam por todos os seus crimes, e por baixo deles estavam os párias, não se deve estranhar que seu contato e até mesmo a sua sombra manchavam, já que deles deviam fugir os demais[50].

---

[47] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 391.

[48] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 60.

[49] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 391-392.

[50] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 391-392.

A nova organização social das castas, com a doutrina religiosa, moral e jurídica que a ela se refere, foi estabelecida, assim, pelo Código de Manu, que, por sua vez, também teve várias redações. Curioso notar que o capítulo mais apurado e minucioso do Código de Manu é o *Do adultério*, ampliando-se por 69 artigos, por vezes repetidos. Segundo Jayme de Altavila[51], o zelo por esse aspecto da vida hindu deixar-nos-ia frente a um dilema: ou a previsão social era sincera ou as mulheres da Índia antiga não eram muito *sérias*. Altavila diz propender-se para a primeira asserção, pois o artigo inicial mandava que o rei punisse o *sedutor* com *mutilações infamantes* e, em seguida, banisse do reino *aqueles que se comprazem em seduzir as mulheres dos outros*. *Aliás*, nas palavras de Altavila,

> o legislador hindu não implantava tal rigorismo contra o adultério em respeito à manutenção da moral social, mas sim "porque é do adultério que nasce no mundo a mistura das classes". Sempre a preocupação racial; sempre o horror pelas castas inferiores, nascidas dos membros inferiores do deus criador e mitológico.

Alguns historiadores[52] tratam desse período como um *tempo de tranquilidade de muitos séculos*, de desenvolvimento cultural e filosófico. Foi nessa época que se compuseram grandes poemas épicos, como, por exemplo, o *Mahabarata*, cujo tema é a luta dos povos arianos com os indígenas do Hindustão. Nele se contém o episódio chamado *Bagavad-Gita*, que compreende uma enciclopédia filosófica. Outro exemplo é o *Ramayana*, que tem por assunto o fato histórico da extensão da cultura ária em direção ao sul (Decan), e, em especial, em direção ao Ceilão.

Desenvolveu-se também a especulação filosófica em todas as direções, e isso a ponto de a filosofia dos hindus vir a oferecer todas as formas possíveis de desenvolvimento que o espírito humano pode atravessar. Alguns desses sistemas capitais são chamados ortodoxos e, outros, heterodoxos. Destes últimos, o *sankya* (reflexão) de Kapila, expondo um

---

[51] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 53.

[52] Nesse sentido: AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 60.

espiritualismo idealista, foi o gérmen do Budhismo, conhecida reforma religiosa.

3.4. Quarto período

O quarto período começa com a reforma religiosa e política do brahmanismo e do sistema de castas pelo *budhismo* (ou *budismo*). Portanto, é do bramanismo que vem o budismo. Não se sabe ao certo quando se deu a aparição de *Budha* (ou *Buda*), o *Iluminado*. John Gilissen[53] é um dos estudiosos a referir que foi no século V a. C. que um membro da família Gautama, Sidarta, ter-se-ia feito monge mendicante dando início a uma nova doutrina, provocando, assim, um cisma antibramânico, anti-ritualista e, em parte, anticasta. Esse início dessa nova doutrina, porém, segundo alguns autores, poderia variar de 2422 a 543 a. C. Esta última data, no entanto, é considerada por alguns historiadores – caso de Enrique Ahrens[54], por exemplo - *demasiado baixa*.

De qualquer forma, fato é que os budistas meridionais começam a sua era amarrando à doutrina *sankya* um *panteísmo idealista* no qual o *Ser Supremo* é concebido com distinção de toda particularidade. Buda pensa arrancar o espírito do constante movimento do nascimento e da aniquilação, enlaçando-o com esse Ser Supremo, no estado da felicidade (*nirvana*); estado ao que conduzem as virtudes da caridade (esmola), moralidade, ciência, energia, tolerância e amor ao próximo. Suprimiram-se, assim, todos os sacrifícios cruéis; foram destruídos o despotismo bramânico e o sistema de castas[55].

Antes uma ordem religiosa, o budismo foi, então, transformado em religião oficial da Índia em 250 a. C. por vontade do imperador Asoka.

---

[53] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 102-103.

[54] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 61. Consoante Jayme de Altavila, o período búdico ter-se-ia projetado seis séculos antes de Cristo, modificando profundamente a fase teogônica anterior, mas não abolindo em absoluto os preceitos raciais que ainda hoje subsistem. ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 46.

[55] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 61.

Posteriormente, o budismo desapareceu da Índia, que voltou ao bramanismo, mas seguiu noutros lugares, tais como o Ceilão, a Birmânia, o Camboja, o Nepal, Vietnam, Japão e China[56].

4. O *Dharma* como base da concepção de Direito

Os hindus não conhecem a ideia ou o conceito de direito como regras de comportamento sancionadas por um constrangimento físico[57]. *Dharma* é a palavra que mais se afigura próxima à ideia de direito, podendo ser traduzida por *dever*. *Dharma*, resumidamente, é um conjunto de regras e de obrigações que são impostas ao homem em razão da sua condição na sociedade e que derivam da ordem natural das coisas. Essas regras são de moral, de direito, de religião, de ritual, de civilidade etc. As divindades é que revelam tais regras aos homens. Estão escritas nos livros sagrados.

Segundo Mario Losano[58], *dharma* possuiria cinco significados:

> Em primeiro lugar, significa religião, que é uma categoria da teologia; em segundo lugar, significa virtude (oposta ao pecado ou vício), que é uma categoria da ética; em terceiro lugar, significa direito, que é uma categoria da jurisprudência; em quarto lugar, significa justiça; em quinto lugar, dever.

Para Losano[59], a definição jurídica do termo que hoje é comumente aceita, derivada em muito da preparação anglo-saxônica dos juristas indianos modernos, vem da proposta feita por U. C. Sarkar[60]: *dharma* são *os*

---

[56] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 102-103.

[57] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 102.

[58] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 471.

[59] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 472.

[60] A referência a obra de U. C. Sarkar pode ser encontrada em Mario Losano e Mario Bretone: U. C. Sarkar. *Epochs in Hindu Legal History*, Vishveshvaranand Vedic Research Institute, Hoshiarpur 1958, pp. 19, 33. Consulte-se: BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 32-37.

privilégios, os deveres e as obrigações de um homem, seu critério de conduta como membro da comunidade ariana, como membro de uma casta e como pessoa em uma certa fase de sua vida.

Outro termo que também expressa a noção de direito é *vyavahãra*: *vyavahãra* – e aqui a lição também é de Sarkar secundado por Losano - indica *direito civil, direito positivo, processo legal, causa ou disputa*. A conclusão, então, é a de que *dharma* são as verdades ou os princípios jurídicos contidos nas fontes escritas do direito bramânico. Já *vyavahãra* é o direito positivo[61].

5. O direito de castas

O direito hindu, como se verifica a partir do terceiro período do seu desenvolvimento cultural[62], passa a consagrar as castas, a hierarquia social; logo, a desigualdade social é permitida[63]. Assim, a religião e o costume, *forças propulsoras do direito* no sistema hindu, afirmam-se de forma variável ante a desigualdade social caracterizada por esse regime de castas[64]. Sob o bramanismo, portanto, a lei atende mais aos interesses de uma casta – a sacerdotal – do que aos princípios de uma legislação proclamada pelo poder público. O sistema, porém, reconhece expressamente o rei, ainda que pertencente somente à segunda classe, como o representante desse poder, o verdadeiro senhor do Estado, ao qual os próprios brâmanes estão sujeitos jurídico-socialmente[65]. Na realidade, como explica

---

[61] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 472.

[62] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 59.

[63] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 102.

[64] NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do direito. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 175.

[65] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 64.

Walter Vieira do Nascimento[66], tal princípio perde o elemento essencial da unidade e da igualdade para se transformar na diversificação de um direito de castas. Assim, o rei colocava-se como *suposto detentor da justiça*, tendo atrás de si, a influenciá-lo em suas decisões, a poderosa casta dos brâmanes[67]. É dessa casta que as leis provêm, e para estas não se admite a interpretação. Quando se trata de casos não previstos na legislação, o rei, então, julga com apoio na *Lei Eterna*, mas assim procede somente depois de consultar os sacerdotes.

O direito bramanista também se caracteriza por um *sentido impositivo* voltado para as castas inferiores, pairando sobre elas a seguinte *sentença*: o respeito às leis é a garantia de não transformação do homem, após a morte, em animal objeto ou planta daninha. De acordo, pois, com a concepção hindu, o transgressor da lei seria duplamente punido: pela justiça terrena e pela justiça divina. Assim como a filosofia hindu aspira a enlaçar o espírito individual humano com o espírito supremo divino, assim também a lei ordena as relações desta vida para fins posteriores (Ahrens)[68].

6. As fontes do *dharma*

A religião hinduísta, o bramanismo, é politeísta. Há vários deuses, sendo a maioria fenômenos naturais divinizados, como, por exemplo, o fogo (*Agni*), já referido. Os brâmanes, como dito, são a casta superior. A eles são reservados o ensino e a interpretação dos textos.

As fontes do *dharma* são três: o *Veda*, a tradição e o costume[69]. O *Veda* é o conhecimento, a soma de todo o saber, das verdades religiosas e

---

[66] NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do direito. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

[67] Nas palavras de Jayme de Altavila: *Observemos que o próprio rei poderia ser recomendado ao fogo do inferno pelos brâmanes, desde que não aplicasse aos culpados os castigos legais, - isto é, aqueles que os seus conselheiros achassem compatíveis com os seus interêsses. Era, assim, o soberano hindu um prisioneiro político e religioso daquela casta que retinha nas mãos ávidas todos os poderes do nebuloso e complicado estado bramânico.* ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 51.

[68] NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do direito. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

[69] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 103.

morais. O *Veda* é revelado a alguns *eleitos*, que recebem a revelação (*Sruti*). Também os textos sagrados, cujos preceitos foram escritos pelos *sruti*, são nominados *sruti*. Os sábios, conhecedores dos preceitos divinos pela tradição (*smrti*), transmitiram-na aos homens em diversos livros (*sutra*) escritos sob a forma de aforismos, destinados a serem aprendidos de cor.

O Código de Manu, por exemplo, é escrito em versos porque o verso – a lição aqui é de Henry Summer Maine, referendado por Paulo Dourado de Gusmão[70] – é um dos expedientes adotados para auxiliar a memória e, assim, manter nela viva a lei.

Há obras datadas de 1100 anos a. C., como, por exemplo, o já referido *Rigveda* (ou Rig-Veda). Outras datam dos séculos VI a IV a. C. Ao final desse período, aparecem, então, escolas tentando desenvolver uma ciência do *dharma*. Os *dharmasãstra*, livros escritos em sânscrito clássico, onde podem ser encontradas regras de conduta clara e de fácil compreensão, relativamente sistematizadas, estão para a literatura tradicional hindu assim como os livros de direito estão para nós[71]. O mais célebre desses livros é o *Manusmrti* (*Memória de Manu*), também chamado – *erradamente*, segundo Gilissen – *Código de Manu*.

Manu é um personagem mítico; é considerado o Adão do paraíso indiano[72]. Teria nascido de Brahma e aprendido a conhecer a verdadeira natureza e o fim da ordem universal[73]. A data de redação do Código de Manu é imprecisa, variando entre 200 a. C e 200 d. C. O código compreende cerca de 5.400 versículos, em 12 livros. A Lei de Manu forma um código de preceitos artificiais, que respondeu ao ideal de certa escola bramânica. Não é uma legislação proclamada por um poder público (Alberto López Camps). Quando os árias invadiram a Índia, transportaram consigo

---

[70] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 299.

[71] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 103.

[72] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 46.

[73] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 103.

princípios monoteístas. Esse período védico, porém, foi superado pelo período bramânico que destruiu a epopeia cosmogônica dos arianos e se encaminhou pela legislação religiosa da casta invencível dos sacerdotes. O Código de Manu faz parte da coleção dos livros bramânicos que estão enfeixados em quatro compêndios: o *Maabárata*, o *Romaiana*, os *Purunas* e as *Leis de Manu*. Fora dos limites hindus, no entanto, foi um código sem ressonância. Formulado dez séculos depois do Código de Hamurabi, não teve a projeção legal que este teve. O Código de Hamurabi infiltrou-se pela Assíria, Judéia e Grécia, constituindo um legado comparável ao que Roma constitui para o mundo moderno[74].

Sabe-se que, após o século VIII d. C., parou-se de escrever os *dharmasãstra*, sendo consideradas sagradas as recolhas existentes. Sua interpretação, porém, continuou. Essas interpretações, chamadas de *nibandhas*, consistiam, no geral, em escolhas de textos a fim de eliminar contradições e permitir fazer considerar regras de conduta retida como obrigatórias. A autoridade de tais *nibandhas* ainda é considerável na Índia, pois não foi imposta, nem por poder religioso e nem por poder laico[75]. Os *Nibandha* foram redigidos na época de transição do direito bramânico originário para o direito misto indo-islâmico introduzido pela dominação muçulmana. É por esse motivo que os mais tardios entre esses comentários delineiam decisivamente as estruturas fundamentais do direito bramânico, exatamente para afirmar sua originalidade e autonomia em relação a outro sistema jurídico, nascido numa sociedade com usos e religião profundamente diferentes[76].

A principal fonte do direito para os hindus, sem dúvidas, é o *costume*. O costume é um elemento básico e primordial do direito hindu. Opera *secundum* ou *praeter legem*, e, também, *contra legem*. O costume pode ser

---

[74] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 46-48.

[75] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 104.

[76] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 477.

de uma região ou de um local, mas, sobretudo, de uma tribo, ou seita ou casta ou de uma simples família[77]. O costume interpreta os preceitos contidos nos livros sagrados. Inclusive os orienta ou modifica. Há muitos costumes. Cada casta tem os seus, a sua *maneira de viver das pessoas de bem*. Em síntese, com John Gilissen[78], o direito hindu é um direito consuetudinário que *varia até o infinito*, dominado pela doutrina religiosa do hinduísmo, que se encontra nos escritos sagrados, os *dharmasãstra*.

7. A situação da mulher no Direito hindu

No que diz com a situação da mulher no Código de Manu é possível afirmar que ela era venerada. *Não se bate em uma mulher nem mesmo com uma flor, qualquer que seja a falta por ela cometida*, prescrevia o Código de Manu. Mesmo assim, o homem desfrutava de posição privilegiada. Apesar de venerada, o Código de Manu foi o mais rigoroso com relação a ela[79]. Pelo Código de Hamurabi, a mulher poderia ser comerciante; na organização política hebraica, a mulher poderia chegar à proeminência de Juiz, como no caso de Débora; no Egito, as mulheres tinham propriedades individuais e poderiam testar livremente. Na Índia, porém, a mulher era uma escrava. Sua vida decorria dentro da angústia do *círculo de ferro* do art. 415 do Código determinando que, se solteira, estava sob a autoridade do pai; se casada, sob a do marido; e, se viúva, sob a do filho mais velho, não devendo jamais se conduzir por sua vontade. Não tinha ela, por exemplo, o direito a divórcio, reservado só aos homens[80]. Essa situação, porém, veio alterar-se mais tarde, em especial pela evolução do direito indiano a partir da influência inglesa, que atingiu não apenas os setores mais diretamente ligados ao desenvolvimento econômico, mas aqueles que, por

---

[77] VALLADÃO, Haroldo. Historia do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 37.

[78] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 104.

[79] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 54.

[80] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 300.

tradição, pareciam os mais arredios à evolução, caso da família e da mulher. Assim é que várias leis vieram adaptar o direito de família às concepções europeias. As viúvas, por exemplo, foram autorizadas a contrair novas núpcias (1856); as mulheres tiveram reconhecido o direito de herança (1937, com emendas sucessivas e sua revogação para inclusão no *Hindu Succession Act*, 1956); proibiu-se que meninas fossem dadas como esposas em tenra idade, o que criava o flagelo das meninas viúvas (*Child Marriage Restraint Act*, 1929), etc. Essas reformas, portanto, viriam a modificar hábitos antigos. Veja-se, por exemplo, que, de 1928 a 1929, a ampliação da capacidade de herdar a todos os descendentes capazes de entendimento e de vontade própria veio colocar um ponto final numa disposição milenar que remontava a Manu: com base nela, o herdeiro recebia os bens do falecido apenas para resgatá-lo das penas eternas, e por isso a qualificação de herdeiro só podia caber a quem por religião, sexo e casta fosse capaz de executar os ritos necessários.

Por fim, no final dos anos 1940, as proibições de casta ao casamento foram abaladas desde os alicerces – do ponto de vista *jurídico* -, removendo-se, inicialmente, as causas mais tradicionais de invalidade de matrimônio entre indianos (por exemplo, a pertença a diversas subdivisões da mesma casta, 1946), e, a partir de 1949, passaram a ser considerados válidos também os casamentos entre castas. Essa longa evolução viria a ser concluída, então, em 1955 com o *Hindu Marriage Act*[81].

[81] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 491-492.

III. Seção III. O Direito Hebreu

1. O povo hebreu é o *povo escolhido*

Os povos semitas - em especial os babilônios e, provavelmente, os assírios, assim como os sírios, cananeus, hebreus, armênios, fenícios, árabes, lídios, cartagineses, talvez os egípcios, e outros - cumpriram na história a missão de harmonizar e mesclar com as outras civilizações. Essa missão foi favorecida naturalmente: o principal assentamento desses povos foi nas margens do Eufrates e do Tigre, e entre ambos os rios. Com exceção dos hebreus, não é fácil indicar quais são as ideias religiosas primitivas comuns dos demais povos. Segundo a tradição histórica, no que diz com a religião, destaca-se a oposição sexual, própria da natureza e significada em uma divindade masculina (*Baal*, o deus do Sol, *Osíris*) e outra divindade feminina e receptiva (*Baaltis*, *Milita*, *Ísis*), o que, consoante Enrique Ahrens[82], teria estimulado uma *grande corrupção do instinto sexual* naqueles povos. É nos hebreus, porém, que se encontrará uma concepção religiosa e ética da vida radicalmente diversa.

Os hebreus são semitas. Neles se conversou com toda a pureza a primitiva concepção religiosa da raça semítica. Abraão[83] e Moisés são representantes desse povo. Não são, porém, os fundadores da sua religião. Eles governaram, como *eleitos*, sob a assistência especial do Supremo Deus. A todas as outras religiões orientais faltaram a ideia e o dogma de um *Deus vivo*, a guiar, como *Providência*, a vida dos homens, atendendo, em especial, o *povo escolhido*. Essas ideias de Providência, de um governo divino do mundo, de um laço especial, de uma *aliança* entre Deus e o povo

---

[82] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 80-81.

[83] Na Bíblia Sagrada, no Livro do Gênesis, 17, 1-15, consta que Deus aparece a Abrão e lhe diz querer fazer uma aliança para multiplicar sua descendência ao infinito. Dali em diante, Abrão passa a se chamar Abraão e passará, ele e sua posteridade, a guardar a aliança eterna com Deus. O sinal dessa aliança será, então, a circuncisão, a ser feita em todo homem no oitavo dia do seu nascimento. As devidas referências bíblicas faço aqui com base na Bíblia Sagrada. Tradução dos originais mediante a versão dos Monges de Maredsous (Bélgica) pelo Centro Bíblico Católico. 31. ed. revista por Frei João José Pedreira de Castro, O.F.M., e pela equipe da Editora. São Paulo: Editora Ave Maria, 1981.

eleito, provêm de uma concepção primitiva, renovada e fortalecida por Moisés. Portanto, essa ideia os hebreus não tomaram emprestada de ninguém.

Segundo Ahrens[84], nenhum povo foi mais *apropriado* para guardar e transmitir uma crença religiosa. O hebreu era apegado às tradições; era dotado de tenacidade e obstinação; era menos influído por fantasias que os demais povos orientais; era mais simples e judicioso que outros povos. Por isso foi o mais bem disposto para abraçar e manter uma concepção simplíssima de Deus. Isso não significa, claro, que seus chefes espirituais não tivessem de lutar frequentemente contra a propensão de idolatria, fortalecida no Egito. Jamais, porém, o povo hebreu caiu nela totalmente.

Os hebreus – o que se pode constatar pelo *modus vivendi* dos patriarcas, por exemplo – tinham costumes muito simples, vivendo em tribos nômades. Atravessaram a Palestina na época de Hammurabi, penetrando no Egito e, depois, aproximadamente em 1495 a. C.[85], iniciando o êxodo, retornando, então, a Palestina e se instalando entre os Hititas e os Egípcios, provavelmente nos inícios do século XII a. C. ou talvez até mais cedo[86]. Quando os hebreus se sedentarizam, estabeleceu-se um poder único pelo rei sobre um conjunto de tribos.

O apogeu do reino de Israel dá-se na época de David (1029-960 a. C.) e de seu filho Salomão (960-935 a. C.). A dispersão do reino se dá com as dissensões internas, surgindo, então, dois reinos: o reino de Israel, ao norte, ocupado pelos assírios em 721 a. C.; e o reino de Judá, no sul, à volta de Jerusalém, que resiste até 586. A Palestina, nessa época, seguidamente é ocupada por Persas, Macedônios, Romanos. Mais tarde, os judeus revoltar-se-ão contra os romanos, o que levará, nos séculos I a II d. C., à

---

[84] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 81.

[85] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 21. A referência feita por Enrique Ahrens é ao ano de 1.491 a. C. Veja-se: AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 82.

[86] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 66.

diáspora, à dispersão dos judeus, conservando estes, porém, sua unidade espiritual, mas perdendo a unidade política[87].

A principal fonte da história dos Hebreus é a *Bíblia*, que, em grego, significa *livro*[88]. O direito hebreu é, assim, um direito religioso. Sua religião é monoteísta. Por meio do cristianismo, que dela deriva, a religião hebraica virá, então, a exercer profunda influência no Ocidente. O direito é dado por Deus ao seu povo. Estabelece-se, assim, uma *aliança* entre Deus e o povo que ele escolheu.

As raízes dessa história, portanto, podem ser encontradas na Bíblia, em especial nos livros do Gênesis e do Êxodo. Começam com Abraão, ancestral do povo hebreu. Abraão, em 2136 a. C.[89], aproximadamente, migrara da Mesopotâmia, vindo de Ur, na Caldéia, e se estabelecendo no outro lado do rio Eufrates (*hebreu* significa *o que veio do outro lado do rio*), pois, em razão de suas crenças – acreditava num só Deus pessoal e inconfundível com a criação, o *cosmos*, sua obra -, não era bem visto na Mesopotâmia, cujo povo tinha religião politeísta[90]. Abraão, então, estabeleceu-se com sua família no *Monte Sinai*. Chefe de um poderoso clã e patriarca, exercia funções de juiz e de administrador. Isaac, seu herdeiro, recebeu dele a autoridade que transmitiu ao filho Jacob (ou *Israel*, que significa *Deus conosco*). Os filhos de Jacob foram os chefes das *Doze Tribos* dos hebreus. José, preferido do pai por seus dotes e virtudes, foi quem se destacou. Os irmãos de José, invejosos e querendo se ver livres de sua superioridade, venderam-no a mercadores egípcios, sendo levado como escravo para o palácio do faraó. Lá, José notabilizou-se pela arte de interpretar sonhos, o que era muito apreciado pelos antigos povos orientais. Por ter decifrado os sonhos do faraó, foi, então, nomeado administrador dos seus suprimentos, ou seja, *ecônomo*. Houve, em seguida, uma grande

---

[87] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 66.

[88] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 20.

[89] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 81.

[90] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 20-21.

seca no Oriente – o chamado período das *vacas magras* – que só foi suportada pelo Egito, preparado que estava graças a José. Com isso, de todas as partes vinham emissários para adquirir os víveres que haviam sido armazenados por ordem de José. José, então, viria perdoar seus irmãos e conseguir do faraó a entrada dos hebreus no Egito.

Em quatrocentos e trinta anos de Egito, o número de hebreus seguia crescendo. Embora José já tivesse morrido, os faraós não hostilizavam os hebreus, justamente em razão do prestígio de José. Ocorre, no entanto, que subiu ao trono um faraó que não conhecera José e que, então, passou a hostilizar os hebreus, escravizando-os e os exterminando. Foi aí que uma mulher da tribo de Leví, para salvar seu filho recém-nascido, colocou-o num cesto, próximo ao local em que se banhava a filha do faraó. Esta, por sua vez, resolveu adotá-lo, salvando-o da morte. É assim que *Moisés*, que significa *salvo das águas*[91], foi educado entre os egípcios, só vindo a saber de sua origem quando adulto. Moisés veio a matar um soldado egípcio que havia ferido um hebreu e teve de fugir para o deserto onde conheceu o pastor Jetro, para quem viria a trabalhar, casando-se com Séfora, filha de Jetro. Vivendo pacificamente com sua família e seu rebanho, Moisés, então, receberá, no Monte Horeb, a ordem de Deus para voltar ao Egito e libertar o seu povo. O faraó, porém, só viria permitir a saída dos hebreus após muitas delongas, iniciando-se o êxodo pelo deserto apenas em 1.495 a. C., quando, guiados por Moisés, os hebreus foram em busca da *Terra Prometida*, Canaã. Ao passarem pelo Monte Sinai, Moisés subiu no cume da montanha e lá recebeu de Deus o *Decálogo*, os *Dez Mandamentos*[92].

O Decálogo ditado a Moisés é, assim, a *Aliança do Sinai*, o *Código da Aliança de Jeová*[93]. Nos Dez Mandamentos se vê a defesa do monoteísmo (1º e 2º mandamentos), da instituição familiar (4º, 6º e 9º mandamentos) e da propriedade privada (7º e 10º mandamentos). Aí é que estão as bases

---

[91] Bíblia Sagrada, Livro do Êxodo, 2, 5-10.

[92] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 21. Na Bíblia Sagrada, a passagem referente aos Dez Mandamentos encontra-se no Livro do Êxodo, 20, 1-17.

[93] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 66.

da sociedade dos hebreus e os princípios básicos da ordem social do Cristianismo[94] que virá depois.

Moisés, portanto, é considerado o *legislador* do povo hebreu. A base de suas instituições é o monoteísmo, limitado ao povo de Israel, certamente. Nas leis mosaicas juntam-se intimamente o elemento religioso e o jurídico-político; o princípio constitutivo do Estado é a teocracia (governo de Deus), e não a dominação da casta sacerdotal, como ocorre em outras partes. *Jehová* (*Jeová*, *Deus mesmo*) é o *poder governador invisível*. Moisés, portanto, não levou do Egito nem a ideia politeísta e nem a ideia política. Ao organizar o seu estado, não quis ser rei e nem admitir na chefia qualquer de seus filhos. A soberania do seu estado não residia na sua pessoa, nem na de seu sucessor. Residia em Jeová[95], que lhe dissera: - *Eu sou o Senhor teu Deus, que te livrei da terra do Egito, da casa da servidão* (Deuteronômio, 5, v. 6).

É bem verdade que entre as doze tribos de Israel havia a de Leví, constituída, na sua cabeça, como classe sacerdotal. Essa classe, porém, não possuía mistérios – como possuíam as classes análogas noutros povos – e sempre teve uma influência muito limitada no governo do Estado. A crença no supremo governo de Deus mesmo, ao contrário, expressa-se na convicção que tinham os israelitas de que Deus, em todos os casos necessários, faria surgir chefes especiais e profetas. O profetismo, inclusive, foi havido como um *princípio diretor* no sistema da teocracia hebraica. Samuel teria sido um dos que contribuíram com a formação desse princípio, instituindo um colégio. O povo hebreu, até então dado à vida nômade, passou a ser agricultor, reafirmando, assim, sua relação religiosa com Jeová[96].

O dono da terra conquistada, portanto, era Deus mesmo. Segundo seu mandamento, a terra restou repartida entre as famílias das tribos, com exceção da décima tribo, ou seja, a de Leví. A parte correspondente a cada

---

[94] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 22.

[95] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 18.

[96] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 82.

uma devia pertencer-lhe sempre. As compras e hipotecas das fazendas, por exemplo, eram apenas temporárias. A cada 50 anos, no ano do jubileu, toda a propriedade da família retornava ao poder de seus membros chamados pelo direito de sucessão a possui-las. Também as dívidas eram remidas ao fim de sete anos, e o israelita que porventura houvesse sido escravizado ficava livre[97].

A legislação de Moisés no que diz com a moral apresenta aspectos bem conhecidos. A maioria dos seus preceitos oferece ao povo ideais elevados para sua conduta; outros, ao contrário, parecem demonstrar o quão grosseiros eram seus sentimentos e como o legislador os teve presentes, em especial no tocante ao matrimônio e à sanção penal dos delitos[98]. Talvez por isso é que Henry Thomas[99], em *História da raça humana*, diga que Moisés, no Sinai, teria apresentado um código *semisselvagem* e *semissublime de ética*, e que a sua obra iniciada passara às mãos de homens inferiores. Mas isso é discutível. Para Jayme de Altavila[100], por exemplo, aquela legislação teria mesmo de ser férrea e persuasiva para a sua época, e a *crueldade taliônica* e os *lapsos de inconsistências infantis* que nela se observam não as depreciam, pois resultam do potencial de sua intencionalidade.

Veja-se que o legislador estabelece a poligamia[101] e ainda permite que sejam tomadas como concubinas as escravas e servas das mulheres. Os filhos havidos são todos legítimos e com direito à herança de seus pais. Ao sumo sacerdote, porém, não é permitido ter mais de uma mulher e

---

[97] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 82-83.

[98] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 83.

[99] A referência é feita por ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 15.

[100] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 15.

[101] Como se vê no Livro do Deuteronômio, 21, 15-17, que trata do direito de primogenitura dado ao filho da mulher menos amada, se esse for o caso.

tampouco se consente que os reis de Israel, mais adiante, tenham um número excessivo de mulheres[102].

O matrimônio consistia em uma compra. Os cônjuges não tinham vontade livre, pois a decisão era dos pais. A compra servia para constituir o vínculo. Tal vínculo é imposto em um único caso, no do *levirado* (ou *levirato*)[103]. Quando morria alguém sem deixar varões, devia o irmão casar-se com a viúva. O primeiro filho nascido dessas núpcias levava, então, o nome e recebia a herança do primeiro marido de sua mãe. No mais, estava proibido o matrimônio entre afins e consanguíneos de igual grau. Somente o marido estava autorizado a promover o divórcio. A infidelidade não é admitida. No caso da mulher, se adúltera, é castigada barbaramente por apedrejamento. A *patria potestad* era ampla, a ponto de o pai poder abandonar o filho e vender as filhas como escravas[104].

O pai tinha a faculdade de distribuir a herança, mas apenas dentro da sua família. Esse direito, porém, não é assemelhado ao direito de testar. O primogênito recebia dupla porção; as filhas excluíam os descendentes mais longínquos, ainda que fossem varões.

Não havia formas especiais prescritas para os contratos. Aos israelitas, entre uns e outros, era proibido emprestar a juros. Já quanto aos estranhos não só podia como era determinado fazê-lo.

No antigo direito penal dos hebreus impera a lei do talião, executada de maneira bárbara[105]. Moisés, porém, veio suavizar dito princípio. Merece consideração, no entanto, o nobre caráter de caridade, de auxílio na desgraça, que se revela nos hebreus, o que é relacionado intimamente com sua concepção de Deus como fonte de amor e misericórdia. Esse sentimento caracteriza hebreus e hindus, e o separa de outros povos, do grego

[102] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 83.

[103] Sobre o Levirato, consulte-se a Bíblia Sagrada, Livro do Deuteronômio, 25, 5-10.

[104] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 83.

[105] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 84.

e, sobretudo, do romano. É em tal sentimento que se funda também a forma mais benigna que a escravidão tomou nos israelitas.

A vida, após o regresso do cativeiro da Babilônia, passou, pois, a ser caracterizada por uma moral mais rigorosa. A monogamia, por exemplo, prevaleceu deste então e desapareceram por completo a compra da mulher e o matrimônio do *levirado*. Com a vinda do Cristianismo, por sua vez, restaria cumprida a *missão histórica* do povo hebreu.

Os romanos, posteriormente, em 70 d. C., viriam destruir Jerusalém. Apesar dessa destruição, não deixou de haver um reconhecimento, pelos romanos, com relação aos judeus que permaneceram na Palestina, como uma comunidade nacional religiosa e civil, que poderia viver segundo suas próprias leis. Tal reconhecimento, no entanto, durou até que seu patriarcado viesse a ser suprimido. Aqui, então, viria nascer um direito diferente do direito mosaico, fundado, em parte, nos princípios do romano e elaborado cientificamente pelos *rabinos*, os mestres, professores da religião e do Direito. Nasceram, assim, escolas rabínicas na Palestina e nas margens do Eufrates, principalmente consagradas a escrever as tradições orais atribuídas a Moisés e a seus sucessores, e cujo conjunto, como se verá adiante, se chama *Mischna* (ou *Michna*, a *segunda lei*).

Uma coleção ordenada desse gênero é devida a *Jehuda Hacadosch* (no ano de 220) – também conhecido como *Rabbenu HaQadosh* ou *Yehouda HaNasi* -, professor da escola de Tiberiades[106]. Essa coleção tinha força de lei no que diz com sua aplicação. Ela veio receber aclarações e complementos de uma série de intérpretes. A esses trabalhos, então, reunidos em Jerusalém (350) e em Sura, junto a Babilônia (521), se deu o nome de *Ghemara* (doutrina). A Ghemara e a Mischna constituem, assim, o *Talmud* (ou *Talmude*, o livro da doutrina), do qual há duas diferentes redações: a do Talmud de Jerusalém e a do Talmud da Babilônia. Esse livro, até hoje, é o código religioso e jurídico dos judeus. No que toca à parte jurídica, segundo

[106] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 84-85.

Enrique Ahrens[107], outra importante contribuição e *refundição* é a do espanhol Moisés Maimónides (falecido em 1205), filósofo que foi perseguido por suas ideias. Goza de autoridade, ainda, um tratado do século XVI, cujo título é *A Mesa coberta*. Foi Moisés Mendelssohn que viria a dar um extrato desse livro em 1778. Outras exposições do direito mosaico-rabínico são as de Saalsschütz e Fassel[108].

Para Jayme de Altavila[109],

> nenhum outro povo encontrou um condutor de destino que se igualasse a Moisés: - Sincero, ao impulso do sangue hebreu, quando abandonou o palácio faraônico onde fôra acolhido; profético e combativo, quando derramou sôbre o Egito o ferro candente das sete pragas; eloqüente, quando advogou perante o trono do faraó a redenção dos seus irmãos sepultados em vida no Ghetto de Goshen; pioneiro, quando comandou durante quarenta anos os espoliados do Egito através de cenas dramáticas como a passagem do Mar Vermelho; compreensivo, quando procurou os píncaros do Sinai para a maturação do espírito e para o legado divino do Decálogo; predestinado, quando encontrou Deus em meio do deserto e o viu na sarça comburente; precavido e forte, quando admoestou o povo incrédulo que o seguia sôbre saibros, sem perceber que era conduzido como o elemento essencial de uma nação destinada a ser estado; legislador, quando desprezando os textos papíricos do seminário teológico de Heliópolis, redigiu uma nova lei, compatível com a massa humana em cuja consciência trabalhou para incutir os fundamentos de um direito; estadista, quando proveu o seu povo, reprimiu os descontentamentos, edificou o tabernáculo, sagrou os sacerdotes, estabeleceu regras legais para o culto, para a economia e para a higiene; grandioso e resignado quando expirou no monte Nebo, com os grandes olhos arregalados para a Terra Prometida, bebendo pelo cálice ardente das pupilas os últimos clarões do seu último sol na terra.

[107] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 85.

[108] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 85.

[109] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 14-15.

2. A importância dos profetas hebraicos para o jurista atual: uma contribuição histórica para os direitos humanos

Costuma-se dizer que a sobrevivência do povo judeu é devida ao seu poder espiritual. Essa incorporação de um monoteísmo ético e do *monopólio étnico*, porém, pode ser vista, por vezes, como uma forma de *uso da história*. E fazer *uso* de um valor cultural pode não ter qualquer valor. Nesse aspecto, parece assistir razão a Jaime Pinsky[110]. Segundo Pinsky, uma vez criado, um valor cultural (seja ele uma música, uma pintura, um pensamento ou um livro) passa a fazer parte do patrimônio cultural da humanidade e não mais de pessoas que, acidentalmente, nasceram no mesmo território geográfico em que o bem foi concebido, ou que simplesmente se apresentem como descendentes genéticos ou culturais dos criadores daquele bem. Por isso, explica Pinsky, um judeu do século XXI esgrimir a criação do monoteísmo ético como uma criação sua, por sangue e herança cultural exclusiva, tem tanto valor quanto um miserável camponês egípcio moderno sentir-se o construtor das grandes pirâmides. Assim, vale mais pensar e viver de acordo com os ensinamentos dos profetas, mesmo sem falar em nome deles – não se apresentando como seus herdeiros, por sangue ou discurso -, do que alegar a herança e viver em desacordo com a essência de suas pregações[111]. O monoteísmo ético, portanto, é uma criação dos profetas, mas, talvez mais que isso, é uma conquista de toda a humanidade.

O monoteísmo ético, pois, desenvolveu-se no século VIII a. C. com os profetas. O profeta, porém, não é uma criação dos hebreus. Entre os cananeus, antigos habitantes da Palestina, ele já existia: era o *vidente*, que

[110] PINSKY, Jaime. Os profetas sociais e o Deus da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 15-27.

[111] Na epístola de São Paulo aos Romanos, 2, 17-29, isso fica muito claro no exemplo da circuncisão, que representa a aliança de Abraão com Deus, de que trata o Livro do Gênesis, já referido anteriormente. Diz, então, São Paulo no versículo 25 do referido capítulo da epístola citada: *A circuncisão, em verdade, é proveitosa, se guardares a Lei. Mas, se fores transgressor da Lei, serás, com tua circuncisão, um mero incircunciso*. E ao final, nos versículos 28 e 29, conclui: *Não é verdadeiro judeu o que é exteriormente, nem verdadeira circuncisão a que aparece exteriormente na carne. Mas é judeu o que o é interiormente, e verdadeira circuncisão é a do coração, segundo o espírito da Lei, e não segundo a letra. Tal judeu recebe o louvor não dos homens e sim de Deus*.

afirmava prever o futuro. Embora não tenha sido criação dos hebreus, os profetas que entre eles se desenvolveram, à diferença dos videntes que eram gente não muito confiável, conceberam uma nova forma de pensar o mundo, a divindade e a relação entre as pessoas. Os grandes profetas, assim, utilizaram-se de uma forma de ser já existente e praticada pelos videntes para dar um novo conteúdo a ela. É que os profetas partem de um formato presente, familiar ao mundo em que atuam, e lhe dão uma nova dimensão[112]. E são considerados grandes revolucionários porque tomam para si a bandeira dos mais pobres. Assim, eles criam um modelo do que seria uma sociedade justa, a partir da crítica moral e ética ao presente, na busca de exemplos de relações sociais diferentes no passado idealizado. Como ensina Pinsky[113], o mundo agora estava ouvindo, pela primeira vez, o grito dos oprimidos e dos injustiçados. Daí a afirmação de que os profetas desistiram do *deus do templo* e criaram o *deus da cidadania*. Por isso, o grande legado, a *contribuição original* dos hebreus à civilização, foi a concepção de um deus que não se satisfazia em ajudar exércitos, mas exigia um comportamento ético por parte de seus seguidores. E esse deus era um deus comprometido com problemas vinculados à exclusão social, à pobreza, à fome, à solidariedade[114].

Uma boa amostra dessas ideias, em especial da importância dos profetas da tradição hebraica para a formação da civilização ocidental e o desenvolvimento da cidadania, e, consequentemente, do que hoje se chama *direitos humanos*, pode ser encontrada no texto *Os filhos nascidos fora da lei, reconhecimento e os direitos humanos: uma reflexão a partir do livro bíblico de Oséias*, de autoria do Professor Noli Bernardo Hahn[115].

[112] PINSKY, Jaime. Os profetas sociais e o Deus da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 15-27.

[113] PINSKY, Jaime. Os profetas sociais e o Deus da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 15-27.

[114] PINSKY, Jaime. Os profetas sociais e o Deus da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 15-27.

[115] HAHN, Noli Bernardo. Os filhos nascidos fora da lei, reconhecimento e os direitos humanos: uma reflexão a partir do livro bíblico de Oséias. In: GIMENEZ, Charlise Paula Colet et al (Org.). Direitos humanos e os desafios da vida contemporânea. Cruz Alta: Ilustração, 2018, p. 31-39.

Nesse texto, Noli Hahn imbrica os textos proféticos com os direitos humanos. Os direitos humanos, embora como categoria formal só tenham surgido no Século XX, enquanto sistema de valores floresceram ao longo da história humana, pressupondo uma *sensibilidade solidária*, como diz Hahn, e *compaixão com o outro* em sua *alteridade*. Essa sensibilidade solidária e compaixão já se encontram presentes nos textos proféticos de tradição hebraica, como no livro de Oséias. A vida histórica e cotidiana – e daí a ideia de que não se faz justiça lendo a lei afastada da vida – é a fonte e o fundamento do sistema de valores subjacente ao Direito que deverá, então, inspirar e efetivar a justiça. O jurista, a partir de uma reflexão nesse sentido, tem muito a ganhar ao se inspirar na literatura profética de tradição hebraica.

O tema da *esperança* aqui é importante, pois quando se fala em esperança é introduzido também o tema da *resistência*, em especial a partir dos profetas bíblicos do Século VIII a. C. Na época de Oséias, há duas terras de Javé e, pois, dois reinos ou Estados: os do Norte e os do Sul. Além de Oséias, há, ainda, no Norte, o profeta Amós, e, no Sul, os profetas Isaías e Miquéias, todos profetizando contra o Estado monárquico instalado naquela época. Todos esses profetas, diz Noli Hahn, *abraçam a mesma bandeira*, acusando o Estado de ser a razão fundamental das maldades e injustiças que eram cometidas em ambos os reinos. Uma dessas injustiças, por exemplo, estava no fato de que, com o início das monarquias, se inaugurou o modo de produção tributário, com tributação das famílias camponesas, exigindo, então, o Estado monárquico tributos acima das possibilidades reais de pagamento por parte dos tributados. Os Estados do Norte e do Sul, portanto, tributavam os camponeses acima de suas reais possibilidades, sendo as colheitas menores que as exigências da tributação e precisando as famílias entregar mais ao Estado do que colhiam. É a realidade, assim, que fez surgir esses profetas, cada qual ao seu modo fazendo sua leitura do contexto. E esse contexto caracteriza-se pelo fato de que militares, sacerdotes e representantes do poder político (reis e administradores) cometem muitas injustiças, violências e maldades. Os

profetas, portanto, são os que leem essa realidade e a denunciam, anunciam, apontando alternativas frente a ela.

O tema da prostituição, no livro de Oséias, é importante para dito profeta. Nesse livro bíblico, explica o Professor Noli, prostituição não tem a ver apenas com mulheres e homens que se prostituem. A prostituição, no texto, entrelaça-se com idolatria, injustiça, violência, adultério, perjúrio, assassínio, roubo, falta de ternura, ausência de amor, pactos políticos malsucedidos, sangue inocente derramado, falta de conhecimento de Deus, holocausto e sacrifícios, mentiras, maldades, desconhecimento e descumprimento das leis etc. Oséias enxerga, portanto, um *espírito de prostituição*[116]; espírito que está presente, por exemplo, nas ações de sacerdotes e políticos que levam o povo simples a se prostituir por falta de conhecimento. Assim, o povo *morre* por falta de conhecimento, como aponta o profeta.

Nesse contexto, um lugar, citado por Oséias ainda que poucas vezes, chama especial atenção: a *Eira*[117]. O significado da Eira está nas regiões onde se praticava a agricultura, em tempos sem tecnologia. Eira é o espaço onde se conclui a colheita dos cereais. Em Israel, nas Eiras, por ser o Estado tributário, há balanças para a pesagem das colheitas, onde o Estado já recolhe a sua parte, o tributo. Oséias refere-se, então, a balanças falsas, possivelmente se referindo a *balanças prostituídas*, que enganam os camponeses. Veja-se que, na língua hebraica, *falsificar* tem também o sentido de *prostituir*.

Oséias soube ver o nascimento dos filhos bastardos, nascidos de pais não legalmente casados. São os filhos que nascem fora das relações familiares legitimamente reconhecidas. As Hieródulas são as prostitutas sagradas. Essa prostituição sagrada foi integrada por grupos dominadores do Estado israelita, e isso era condenado pelos profetas. Oséias, porém, não acusa a mulher prostituta, mas, sim, o homem, a estrutura estatal monárquica instalada, os sacerdotes, o poder político, militar, todos

---

[116] Sobretudo no capítulo 4 do Livro de Oséias.

[117] Livro de Oséias, 9, 1-2.

integrando uma compreensão cultural patriarcal em que havia relações conjugais e extraconjugais, e uma lei que não impunha qualquer responsabilidade em relação aos filhos nascidos de relações extrafamiliares. Aliás, estas relações se davam, em especial, na Eira, que era o lugar social possibilitador dos encontros e relações extraconjugais. Os filhos nascidos dessas relações ilegais, gerados fora da lei, não possuíam, pois, qualquer amparo jurídico ou social. Por essa razão, não eram reconhecidos como filhos. O núcleo central da crítica de Oséias, ensina Noli Hahn, está, então, no fato de enxergar uma sociedade toda prostituída, e não apenas pessoas prostituídas. Os filhos dessa prostituição estavam legalmente condenados à marginalidade e a uma invisibilidade aos olhos sociais. A leitura do profeta parte, assim, do lugar daquele que está *invisível*, aquele que *não pertence*. A condição de *bastardo*, portanto, é imputada pela cultura patriarcal e reforçada pela legislação. E essa leitura continua atual. No mundo contemporâneo, explica o Professor Noli, o reconhecimento de novos direitos ocorre ao mesmo tempo em que há o reconhecimento de identidades que se forjam a partir de especificidades que aglutinam coletividades. Tais especificidades podem ser as diferentes vivências, homoafetividade, limites físicos, discriminação social, discriminação étnico-racial, violência de gênero etc. A ótica dos direitos humanos, nesse sentido, ao mesmo tempo é universal e específica. Significa dizer que os direitos humanos, enquanto sistema axiológico aberto, transcendem peculiaridades contextuais; ao mesmo tempo, inspiram-se em contextos específicos e em sujeitos singulares. Daí a existência de um paradoxo: a união do transcendente e do imanente, do genérico e do específico, do formal e do substancial, do universal e do contextual.

O livro de Oséias, assim, na conclusão de Noli Hahn, apresenta uma perspectiva importante: a de que os juízes responsáveis em decidir devem estar atentos para não reproduzir um *espírito de prostituição*, que é um *espírito de injustiças*, de *falsificação*, enfim, um *espírito histórico de corrupção*. Eis uma contribuição importante dos textos proféticos da tradição dos hebreus atualizada: uma decisão judicial jamais pode ferir o *espírito*

dos direitos humanos, que consiste em jamais desconectar a vida contextualizada da norma.

3. Fontes do direito hebraico

3.1. A Bíblia

As fontes do direito hebraico, como se sabe, estão nas escrituras, na Bíblia, que é o livro da Aliança de Deus com o seu povo, o livro que contém a *Lei revelada por Deus aos Israelitas*[118]. O *Pentateuco* é o grupo de cinco livros (Gênese, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio) que, para os Judeus, tem o nome de *Thora*, a lei escrita revelada por Deus e atribuída, segundo a tradição judia, a Moisés, donde sua denominação usual de *Lei de Moisés* ou os *Cinco Livros de Moisés*[119].

Na Bíblia, como referido, o direito é concebido como de origem divina: Deus é a última fonte e a sanção de toda a regra de comportamento; o crime é um pecado, pelo qual a comunidade é responsável perante Deus, e não perante um governo humano. Assim como ocorre nos Veda e no Alcorão, também na Bíblia as prescrições jurídicas, morais e religiosas apresentam-se confundidas.

No Pentateuco podem ser encontradas determinadas matérias jurídicas, constituindo-se em verdadeira fonte formal do direito hebraico. É o caso do Decálogo, que contém imperativos como *não matarás*, *não levantarás falso testemunho* etc. Também pode ser citado o *Código da Aliança*, encontrado no Êxodo[120], contendo prescrições e regras relativas ao direito penal, à reparação dos danos etc[121], e refletindo costumes da época da sedentarização.

---

[118] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 67.

[119] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 67.

[120] Êxodo, 20, 22-26; 21, 1-35; 22, 1-31; 23, 1-33.

[121] Pela sua forma e fundo, o texto do Código da Aliança assemelha-se às codificações mesopotâmicas e hititas, nomeadamente o código de Hamurabi, o que, segundo Gilissen, permitira supor que uma primeira formulação (talvez

Especial atenção merece o Deuteronômio. Deuteronômio, ou *Segunda Lei*, é uma parte distinta do corpo legislativo de Moisés. É que o livro foge às narrações e se fixa propriamente em dispositivos concretos e basilares. Seus versículos revelam uma orientação mais legal e menos doutrinária, explicando-se nele todas as aspirações e todos os deveres promulgados pelo seu autorizado legislador. O Deuteronômio é uma consolidação das antigas leis, passadas pelo crivo da experiência de Moisés, que delas extraiu aquilo que lhe pareceu mais adaptável, acrescentando-lhe normas mais positivas e concepções mais estatais[122].

Por fim, o *Código Sacerdotal* (*Lei da Santidade*), contido no Levítico (capítulo XVII a XXVI), data do século V (cerca de 445, aproximadamente) e contém um ritual dos sacrifícios e da sagração dos padres. Aí também são encontradas disposições sobre o casamento e o direito penal. Desse mesmo período datariam os livros dos Profetas e os livros sapienciais (Salmos, Provérbios etc.).

3.2. A lei oral, a Michna, a Guémara e o Talmude

Segundo John Gilissen[123], embora a *Thora* tenha conservado considerável autoridade, já que qualquer interpretação do direito hebraico se apoia em versículos da Bíblia, foi necessário adaptá-la à evolução da sociedade hebraica. Essa adaptação foi feita, então, pelos *rabinos*, que eram padres comentadores da *lei escrita*. Foram as suas interpretações e adaptações que vieram, assim, formar a *lei oral*.

---

oral) poderia remontar à época anterior à estada no Egito. Na sua forma final, o texto dataria da *época dos Juízes*, ou seja, do início da fixação em Canaã, nos séculos XII ou XI antes de Cristo. GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 68.

[122] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 15-18. O Deuteronômio constitui uma nova versão do Código da Aliança. É uma codificação de antigos costumes, tendendo sobretudo à manutenção da pureza do monoteísmo, mas compreendendo disposições que também interessam ao direito público e ao direito familiar. Dataria do século VII. A tradição o atribui ao rei Josias (621), mas teria sido remodelado no século V. GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 68.

[123] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 69.

A lei oral desenvolveu-se, em especial, no período que vai da volta do cativeiro da Babilônia, em 515 a. C., até a diáspora, nos 70 d. C. Na sua volta para a Judéia, os hebreus tiveram de se adaptar a novos modos de vida, não sendo mais suficiente, então, o velho direito bíblico. Os *Rabi* (rabinos, mestres), assim, alargaram e desenvolveram a *Thora* por meio de um trabalho de doutrina, de caráter exegético, incorporando tradição e novos costumes. E, no começo do século III, o rabino *Yehouda Hanassi*, chefe espiritual da comunidade judaica na Palestina, veio proceder a uma nova redação da lei oral. Essa obra, como referido anteriormente, é o que ficou conhecido como *Michna* (ensino): uma recolhida de opiniões dos rabinos sobre matérias religiosas e jurídicas, tratando, por exemplo, do casamento, do divórcio e de outros problemas envolvendo a relação entre esposos[124].

Numerosos rabinos dos séculos III, IV e V d. C. viriam a comentar e interpretar a Michna. Tais comentários, as já referidas *Guémara* (ensino tradicional), logo se tornaram mais abundantes que o próprio texto da Michna. Por sua vez, a Michna e a Guémara vieram a ser agrupadas no *Talmude* (estudo), inicialmente em Jerusalém e, depois, na Babilônia, aproximadamente na mesma época da codificação romana de Justiniano e da primeira redação da Lei sálica. Foi o Talmude da Babilônia, por ser mais completo e mais claro que o da Palestina, que acabou prevalecendo, portanto, no judaísmo. Por fim, a fim de se sistematizar o Talmude, passaram a ser empreendidos esforços de codificação, dentre os quais se destacam a já anteriormente citada codificação feita no século XII por Maimônides na Espanha e a codificação definitiva elaborada por Joseph Caro, no século XVI, impressa em 1567[125].

---

[124] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 69.

[125] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 70.

IV

A antiguidade greco-romana

IV. Seção I. O Direito Grego Antigo

1. A diferença entre as concepções biológicas e jurídicas dos gregos e dos romanos

Os gregos e romanos integram a raça *aria* (ariana, indo-europeia) que migrou para a Europa nos tempos pré-históricos. Essas duas famílias cumpriram na história uma *missão comum*, abrindo o caminho para o livre desenvolvimento do espírito humano, desatando os laços que as ligavam ao Oriente. Ambas tiveram de abandonar ideias e instituições da sua primeira pátria e, por necessidade, mudar um grande número de coisas durante a peregrinação, o que acabou sendo favorável à *liberdade*. Por isso, gregos e romanos entraram em cena com outra concepção de mundo e de vida: é a antítese da concepção do Oriente. Isso porque, explica Enrique Ahrens[1], no Oriente, a vida somente é compreendida em sua relação com o divino e a vida ulterior, ao passo que as concepções grega e romana colocam no centro *esta* vida, substantiva, que se basta a si própria; *bela*, *grata* e *radiante*, e com respeito a qual a outra aparece como um *reino de sombras*, *triste* e *escuro*. Seu desenvolvimento é empreendido com ânimo e vigor, na luta com energia e bravura. É nesse desenvolvimento que, cada vez mais, vão penetrando na consciência e na aplicação os princípios da personalidade, da liberdade e do direito do homem.

---

[1] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 91.

A distinção entre os gregos e os romanos, do ponto de vista das suas concepções biológica e jurídica, nasce do diverso modo de *pensar* e de *sentir* de ambas as raças, em que aparecem forças intelectuais inatas, muito distintas. Assim é que o espírito grego compreende a vida, à mercê da força unitária da razão e da *fantasia plástica*, no íntimo enlace do *todo* com as *partes*. Quando contempla o mundo da natureza, não enxerga um sinal de uma esfera superior, mas tão somente sua própria beleza. E o mundo intelectual e o moral são representados sob o caráter da *liberdade*. O *cosmos*, assim, é o *princípio diretor da vida*, e daí resulta o sentido artístico, estético e plástico dos gregos, com o qual se enlaça também uma grande volubilidade. Daí também se conceber que Aristóteles haja conseguido definir, no geral, a poesia como a *livre imitação da natureza*. Isso explica por que na Grécia desenvolveu-se o Estado, a vida política, e não, como em Roma, o direito privado[2]. O espírito grego, portanto, contempla o *todo*, no qual, e pelo qual, o indivíduo e o seu direito subsistem. O Estado, uma *bela ordem*, é, assim, formado sobre o modelo da natureza, cujas partes, os indivíduos, enlaçam-se intimamente, também determinando, por sua vez, o Estado, de sorte a constituir uma comunidade livre e perfeita, e que se basta a si mesma como uma obra de arte.

Distintamente, no espírito romano dominam o entendimento e a vontade. Esse espírito não separa o todo e as partes. Estabelece, sim, entre eles uma rigorosa distinção, em razão do entendimento analítico que o caracteriza. O todo aparece, aqui, como o vínculo geral que dá coesão aos indivíduos e acrescenta suas forças. Enquanto, na concepção do Estado grego, refletido nas doutrinas de Platão e Aristóteles, desenvolve-se organicamente a partir das famílias e da união de famílias, em Roma o Estado aparece a partir do *lado de fora da casa*, como *coisa exterior*, artificialmente composta, até mesmo com o auxílio da força, tendo a vontade, então, um poder decisivo. O destino do Estado, assim, sempre se resolve pela mudança das relações de poder entre os diferentes partidos. O espírito

---

[2] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 92.

romano não abraça o Estado, em e por si mesmo, como obra de valor próprio e digno, mas segundo o conceito intelectual da *utilitas*, que tem em vista a *generalidade*, prevalecendo, porém, o interesse do indivíduo[3].

Segundo Ahrens[4], a luta das duas classes sociais em Roma também deve ser considerada do ponto de vista de que os patrícios procuravam conservar a organização e os costumes políticos, e os plebeus, pelo contrário, converter cada vez mais o Estado numa instituição para sua *utilidade*. Na Grécia e em Roma há luta pela posse dos poderes públicos: naquela, no interesse pelo poder mesmo; nesta, para satisfação de outros fins. Na Grécia, a *demagogia* arruína a vida política; em Roma, sucumbe pela completa vitória de um de seus elementos, os plebeus, somente se contendo exteriormente pelo despotismo imperial que daí se segue.

Há que se notar que, na Grécia, o direito e a lei jamais se divorciaram por completo do espírito ético. A vida, na Grécia, não se desenvolve, pois, pelo *lado formal* do Direito. Ela alcança um profundo conteúdo na Filosofia e na Arte. Tampouco o Estado permanece indiferente à Religião. Direito e política são concebidos como parte da Ética. Aliás, os antigos legisladores motivavam suas leis em razões éticas. O espírito romano, por sua vez, considera no Estado unicamente uma *forma geral*, um *molde*, bastando existir. É indiferente ao seu conteúdo. Esse conteúdo nasce do livre movimento, vontade e alvedrio dos cidadãos. Roma não opôs resistência ao receber no seu seio os deuses estrangeiros e tampouco se isolou ou rechaçou o direito dos demais povos. Na verdade, reformou o seu direito com o direito dos demais, recebendo o *jus gentium* e fazendo do Estado um *Estado internacional*[5].

---

[3] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 92-93.

[4] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 93.

[5] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 93-94. Na antiguidade clássica, a Grécia foi a inteligência, a filosofia, a arte, e Roma, a política, o Estado, o poder, o direito imperial. VALLADÃO, Haroldo. História do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 38.

Essa concepção de vida e de Estado é que produziu em Roma o desenvolvimento preponderante do direito privado: os indivíduos são reconhecidos em sua independência, em seu direito, diante da comunidade política, e assim devem aspirar obter formas jurídicas correspondentes, que assegurem e expressem essa independência. Semelhantes formas são *moldes* a serem preenchidos pela vontade substantiva e mutável, conforme a ideia individual das relações determinada pelo seu interesse. Por isso, no Direito romano também prepondera o elemento do simples direito como *faculdade*, sem consideração às relações gerais ou, ainda, à reciprocidade dos serviços. Essas formas jurídicas foram concebidas em si mesmo, prescindindo-se do seu possível conteúdo. E o Direito foi tomado, então, como inteiramente *substantivo* e *absoluto em si próprio*, uma vez que o espírito romano não chegou a conhecer o espírito ético como o verdadeiramente absoluto. Por causa do incremento da vida, por causa do tráfego, por causa do egoísmo desenvolvido sob o Império, o Direito passou, assim, a ser *escravo dos interesses subjetivos*. Em razão dessa tendência ao puramente exterior, ao direito formal, a vida romana, então, desenvolveu-se vazia de todo o conteúdo moral, caindo, muito mais que a vida grega, em uma corrupção universalmente destruidora[6].

A importância do Estado e do Direito, como esfera e princípio independente na vida humana, foi o que Grécia e Roma souberam ressaltar. Ambos os povos provaram, historicamente, que o impulso da vida não vem dela mesma, necessitando-se, portanto, de um *princípio transcendente*, infinito, divino, como o que trouxe o Cristianismo, a fim de que se possa assegurar seu verdadeiro voo, sua firmeza interior e seu progresso incessante[7].

---

[6] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 94.

[7] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 94-95.

2. As concepções jurídica e política dos gregos

A vida política dos gregos, com exceção, em alguns sentidos, de Esparta, recorre o ciclo de todas as formas principais de constituição e governo, com exceção da representativa, desconhecida na Antiguidade em geral. A monarquia, a aristocracia e a democracia, assim, manifestam-se em suas diversas espécies, boas e más, constituindo em Aristóteles[8], por exemplo, objeto de profunda meditação, ainda permanecendo instrutivas para a Ética e a Política[9].

Nos tempos primitivos, explica Enrique Ahrens[10], havia a chamada *monarquia heroica de chefes hereditários* que, mais tarde, receberam o nome de *reis*, e que muitas vezes reuniam o caráter sacerdotal, apesar de, em algumas partes, existir sacerdócio sem jamais chegar a formar casta. O rei era o juiz na paz e o capitão na guerra. Ao seu lado, existia um Conselho (βουλές) de nobres e seus iguais. No devido tempo, havia também assembleias públicas. Estas somente tinham voto consultivo, mas não decisivo. O caráter hereditário dos príncipes – que tinha seu fundamento no valor, cuja transmissão natural se supõe, na riqueza e na propriedade material – manifesta-se também no sacerdócio, aonde chegou a formar corpo separado, assim como nos restantes cargos e profissões. Essa herança radicava numa tradição dos costumes e relações sociais, não se podendo, portanto, falar na existência de castas.

A partir das mudanças que causaram grande comoção nos costumes antigos, a monarquia não deixou de existir, mas, em quase todas as partes, foi declinando cada vez mais. Também o número de escravos - que desde sempre existia, mas que era pouco - foi aumentando com a submissão dos antigos habitantes dos territórios conquistados pelas armas. As artes comuns, que procuram pelas necessidades da vida, foram, então,

---

[8] ARISTÓTELES. Política. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

[9] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 99.

[10] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 99.

abandonadas a tais classes, enquanto o cidadão vivia somente para o Estado e para as ocupações próprias de um homem livre. Aqui já aparecia o *germe* aristocrático. Entre esses cidadãos livres, organizados em tribos, em divisões ordenadas segundo o parentesco, subsistiu, desde o princípio e provavelmente em todas as tribos, uma *nobreza de sangue* (*eupátridas*). Essa nobreza de sangue, fundada sobre o valor e sobre a grande propriedade territorial, viria, então, confirmar seu poder nas novas comarcas adquiridas, aproveitando as circunstâncias para fundar uma aristocracia[11].

Para Claude Mossé[12], é difícil saber a partir de que momento o poder do rei viu-se limitado pelo controle de um conselho aristocrático, depois partilhado com três magistrados eleitos por um período fixado em um ano. Agora, mesmo que Atenas, em fins do século VIII a. C., possa vir a ser considerada uma *pólis*, as peculiaridades regionais não deixaram de existir, formando, então, a base das disputas que se travavam entre os principais chefes dos *géne*, das famílias aristocráticas. A sociedade ateniense, assim, no início do século VII a. C., aparece dominada por uma aristocracia guerreira, senhora da terra e do poder político, tendo em suas mãos os principais sacerdotes a distribuir a justiça e o direito. Para essa aristocracia, a massa da população é uma espécie de clientela, reunida no seio das *fratrias*[13] para o culto do ancestral comum ao *génos*, econômica e

---

[11] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 99-100.

[12] MOSSÉ, Claude. Atenas: a História de uma Democracia. Tradução de João Batista da Costa. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982 (Coleção Pensamento Político), p. 12-13.

[13] A palavra *fratria* possui uma raiz indo-europeia que implica relação de parentesco. Quando, porém, os autores antigos empregam-na, consideram a fratria uma subdivisão da cidade. Como conciliar, então, essas duas noções contraditórias? Muitos veem nas fratrias uma reunião de famílias, de *gené*; uma aglomeração em torno de um *genos* aristocrático de membros plebeus, os *orgeones*, integrados assim aos cultos do *genos*; ou, ainda, corporações de guerreiros ou associações de vizinhos. Nenhuma dessas versões, no entanto, é realmente definitiva. Para Claude Mossé, a saída, então, é tratar apenas do papel desempenhado pelas fratrias na sociedade democrática. A fratria, explica Mossé, surge como uma associação que cumpria certas funções simultaneamente familiares e religiosas. É aos membros de sua fratria que o pai apresenta seu recém-nascido, e a aceitação da criança é considerada prova de sua legitimidade. É também dentro da fratria que os adolescentes são admitidos entre os adultos, o que acontecia durante o Festival das Apatúrias, que durava três dias. Ao longo do terceiro dia, as crianças, os adolescentes e as mulheres recém-casadas eram, então, admitidos à fratria. O casamento também é em razão de uma cerimônia à qual são frequentemente associados os fráteres. O mesmo ocorre com os funerais. As fratrias igualmente intervêm para perseguir um assassino e, perante um tribunal, é frequente que o acusador ou o acusado invoquem o testemunho de seus fráteres. MOSSÉ, Claude. Dicionário da civilização grega. Tradução Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 142-143.

socialmente dependente. Entre a aristocracia e a classe dependente, há um grupo intermediário de aldeões livres, suficientemente abastados para poderem adquirir uma *panóplia* (armadura) e servir na falange pesada dos *hoplitas* que, a partir de meados do século, constituem a força militar da cidade[14]. Os artesãos, ainda pouco numerosos, estão, sem dúvidas, estreitamente ligados aos nobres para os quais trabalham[15].

No que diz com o declínio da monarquia há um aspecto importante: muitas vezes - nas guerras de sucessão, por exemplo -, o poder real teve de apelar à classe nobre. O problema é que, com isso, também teve de acabar renunciando a parte dos seus direitos, vindo, no mais das vezes, a se resignar, então, à instituição de um magistrado supremo da aristocracia. Veja-se que a aristocracia desenvolveu-se como uma verdadeira oligarquia de várias famílias, favorecidas pelo nascimento, que se apoiavam na preponderância da inteligência política e da fortuna, adquiridas quando de sua anterior e elevada posição. O Conselho e os magistrados, assim, passaram a ser constituídos da aristocracia, por turno ou por eleição, que, por sua vez, passou a vigiá-los e a lhes pedir contas. A assembleia popular, em síntese, tinha, então, o direito de votar *sim* ou *não* a respeito das propostas motivadas. A administração da justiça, por sua vez, também se achava nas mãos da aristocracia[16].

Essa aristocracia, por vezes, chegou a certa permanência. Mas, mesmo onde o povo não foi por ela oprimido, logo se manifestou uma intranquilidade, um anseio por mudança. É assim que, por diversos motivos,

---

[14] O hoplita era, nos exércitos das cidades gregas, o soldado de infantaria fortemente armado que combatia dentro das falanges. Ao longo dos primeiros séculos da época arcaica o equipamento do hoplita foi pouco a pouco se institucionalizando: capacete encimado por uma *ferradura*, couraça de bronze, cinturão, perneiras, lança curta e, finalmente, o escudo de empunhadura dupla, característica principal da falange hoplítica. Firmemente seguro graças à segunda empunhadura, chamada *antílabe*, permitia ao hoplita proteger-se e, ao mesmo tempo, proteger seu vizinho da esquerda, com os escudos formando um verdadeiro muro diante do inimigo. O encontro entre duas falanges de hoplitas ocorria em campo aberto. A vencedora era a que continuasse a dominar o terreno e forçasse a adversária a fugir. MOSSÉ, Claude. Dicionário da civilização grega. Tradução Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 172.

[15] MOSSÉ, Claude. Atenas: a História de uma Democracia. Tradução de João Batista da Costa. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982 (Coleção Pensamento Político), p. 12-13.

[16] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 100.

diversas circunstâncias, se foi rumando à democracia antiga. O progresso dos gregos, livres na consciência do seu direito, embora repousando na base da escravidão, em qualquer lugar existente; o aumento da prosperidade, sobretudo nas cidades marítimas; as guerras que despedaçavam a nobreza e que a obrigavam frequentemente a comprar, por meio de concessões, o auxílio do povo; as discórdias das oligarquias; a opressão das classes inferiores; tudo isso junto é que levou à antiga democracia. Essa democracia, porém, como ensina Ahrens[17], não repousava sobre *princípios*. Contentava-se o povo com a satisfação de suas mais imediatas reclamações: a remissão das dívidas, o repartir de terras, a comunhão conjugal e a igualdade diante da lei. E, em sua inexperiência, tinha que ser confiada, no que diz com os assuntos do Estado, a chefes populares.

Como de chefe popular a tirano é *um passo*, os chefes populares, quase sempre, passaram a ser tiranos. Daí o porquê de os séculos VII e VI a. C. serem havidos como o período da *antiga tirania* [18]. Aqui cabe uma breve explicação. Quando da sua introdução no mundo grego, o vocábulo *túrannos* nada tinha de aviltante. Como explica Gustave Glotz[19], provavelmente originado da Lídia no tempo de Giges, o vocábulo teve a princípio a acepção de *senhor*, de *rei*, e, tal como o seu equivalente *basileús*, ficava bem em alguns deuses. Em virtude da sua própria origem – designava os déspotas orientais – foi aplicado, porém, em sentido pejorativo, por adversários irreconciliáveis àqueles que detinham o poder absoluto, não mais por força de um acordo legítimo entre os partidos, mas de uma insurreição. Eles mesmos jamais ostentaram o título de tirano. Poderiam ter usado o de rei, que não teria deixado má lembrança e que lhes teria dado uma espécie de consagração; no entanto, precisamente a maior parte das cidades tinha o seu próprio rei, que nada mais era que um magistrado religioso

---

[17] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 101.

[18] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 101.

[19] GLOTZ, Gustave. A cidade grega. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1988, p. 90.

de segunda classe. Assim, não houve título oficial e geral para designá-los, sendo, exatamente por esse motivo, desde os tempos antigos, necessário lhes dar aquele com que os seus inimigos os estigmatizavam. Todas as difamações, todas as calúnias de que os cumulou o ódio dos oligarcas encontraram crédito junto à democracia, quando ela deles não mais necessitou e percebeu que um governo arbitrário era contrário aos seus princípios. Todos os gregos, desde então, por um processo de emulação, apedrejaram o regime execrado. E aí, explica Glotz[20],

> temos o pior de todos os regimes, essa deformação da realeza, essa usurpação através do ardil e da violência, essa elevação de um homem acima das leis. Tendo-se colocado fora do direito, o tirano já não pode retornar aos limites da legalidade, e a vida desse senhor todo-poderoso, que proscreveu a sua própria pessoa, fica à disposição de quem a quiser tomar.

Antes de se ter transformado numa *sinistra* personagem lendária, o tirano, portanto, desempenhou um *papel histórico*. Foi o *demagogo* que guiou os pobres contra os ricos, ou os plebeus contra os nobres; o chefe a quem a multidão segue de olhos vendados e a quem permite todos os atos contanto que trabalhe em favor dela. A tirania, aliás, só existiu nas cidades em que o regime industrial e comercial tendia a prevalecer sobre a economia rural, mas onde se requeria mão de ferro para organizar a multidão e lançá-la contra uma classe privilegiada. Foi Tucídides, por sua vez, que considerou o crescimento da riqueza como a causa determinante da tirania[21].

Em princípio, portanto, a tirania foi bem recebida pelo povo, uma vez que sua opressão se dirigiu aos nobres e ricos. Seu poder, porém, teve curta duração. Os oligarcas derrubados tentaram conquistar o povo, aliaram-se com cidades vizinhas e com outras aristocracias estrangeiras. O próprio povo, aliás, cresceu culturalmente, e assim é que a tirania caiu, mas principalmente em razão da aristocracia. E a isso se seguiu, então, o

---

[20] GLOTZ, Gustave. A cidade grega. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1988, p. 90.

[21] GLOTZ, Gustave. A cidade grega. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1988, p. 90-91.

renascimento da oligarquia e da democracia, sendo, no entanto, a última preponderante[22].

É assim que a nova democracia restabeleceu-se mais por *princípios*. Sua ideia fundamental foi: a igualdade do direito de todos os membros do Estado para participar com voto decisivo nas diversas funções essenciais do poder político, exercidas pela comunidade, ou em seu nome; com a liberdade da palavra e a igualdade de todos diante da lei e a existência pessoal indissoluvelmente enlaçada à política. Essa igualdade, porém, passou a ser considerada em dois sentidos: a) como proporcionalidade qualitativa de todos os direitos e deveres, o que não excluía da democracia certo elemento aristocrático, e sobre o qual descansava a primeira democracia temperada (*politeia*, a *verdadeira comunidade* ou *ser comum* de Aristóteles); ou b) como igualdade quantitativa e numérica, que intentou apagar, por meio do ostracismo, toda preponderância devida ao talento, ao mérito ou à fortuna, sob o pesadelo da massa de indivíduos. Nesta segunda democracia não dominou a verdadeira igualdade, mas a força da maioria sobre a minoria, da parte mais pobre e numerosa sobre a parte mais rica[23].

Não demorou, então, para que a inveja, a ganância, o egoísmo e a incapacidade do povo para governar-se a si próprio viessem gerar demagogos e bajuladores, contra os quais a aristocracia, igualmente degenerada, organizou-se em clubes e associações, demonstrando, com seu interesse de classe, profundo ódio ao *demos*[24]. De aí se seguiram discórdias internas, intrigas dos partidos, declínio do amor à pátria e do respeito ao direito e aos costumes, a ordenação dos costumes segundo os caprichos e paixões, e os meios de satisfazê-los, que terminaram por

---

[22] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 101.

[23] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 101-102.

[24] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 102. *Demos* é a terra habitada por um povo, a população de um lugar. Nos estados livres e democráticos, é a *reunião* ou o *conjunto dos homens livres*. Em Atenas, sobretudo, é a subdivisão da tribo (*phylê*), *logo*, cantão, distrito, município. O significado do étimo *Demos*, portanto, era duplo. A palavra queria dizer tanto *terra* quanto a *população de um lugar*. Esta é a primeira observação que cabe fazer. A segunda é a de que se poderia estar incorrendo em erro ao traduzir *demos* por *povo*. LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 73-74.

engendrar uma desmoralização geral que trouxe consigo, na maioria dos Estados, o restabelecimento da tirania a partir do ano 400 a. C. até a Grécia perder sua independência com Filipe da Macedônia – o homem que por mais de vinte anos foi o principal adversário da democracia ateniense[25] -, não tornando a recuperá-la mesmo com a dissolução da monarquia de Alexandre, o *Grande*, sucessor de seu pai Filipe[26], e sendo, por fim, declarada província romana, em 146 a. C., com o nome de Acaya.

3. A Grécia, seus legisladores e o Direito grego

A Grécia Antiga é a *Grécia clássica*. Embora contenha elementos religiosos e morais, o Direito grego clássico não é considerado expressão de uma vontade da divindade da cidade-estado[27]. Inicialmente não escrito, era do conhecimento da aristocracia, dos proprietários. Posteriormente é que veio a ser codificado. Como ocorreu, então, esse processo de codificação? Quais são as legislações dignas de nota na Grécia Antiga?

A par de outras legislações da Grécia – como, por exemplo, a lendária legislação de Minos para o estado dórico de Creta (possivelmente mesclada com elementos egípcios), e as posteriores e menos conhecidas, de Zaleuco e Carondas (ambas até metade do século VII a. C.), sendo a primeira para os locrios e, a segunda, para Catânia e outras cidades da Sicília e da Magna Grécia -, é possível indicar, com suporte nas lições de Enrique Ahrens[28], as de Licurgo (ou Lycurgo) e de Sólon. Entre ambas situa-se a de Drácon.

Licurgo foi o lendário legislador de Esparta, uma das figuras mais *enigmáticas* da história grega[29]. Foi a Licurgo que os espartanos fizeram

---

[25] MOSSÉ, Claude. Dicionário da civilização grega. Tradução Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 135-136.

[26] MOSSÉ, Claude. Dicionário da civilização grega. Tradução Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 34.

[27] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 300.

[28] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 102.

[29] MOSSÉ, Claude. Dicionário da civilização grega. Tradução Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 188.

remontar as instituições orais[30] a que deviam sua inflexível virtude. E foi ele que gravou na alma dos seus cidadãos a ideia de que é preferível enfrentar a morte que aceitar a ignomínia como preço da vida (Plutarco)[31]. Há dúvidas, porém, sobre a época em que viveu e até mesmo sobre sua real existência. O que conhecemos de Licurgo, no essencial, devemos a Plutarco, que na *Vida de Licurgo* reuniu todos os elementos de uma tradição que remonta ao século V[32]. Heródoto – denominado pelos Antigos o *Pai da História*[33] - foi o primeiro a referir o nome de Licurgo como o legislador que estabelecera a *eunomia*, a *boa legislação*, substituindo as leis precárias que até então regiam Esparta. Heródoto coloca Licurgo como tutor do rei Leobotes, que teria reinado no princípio do século IX. Outras tradições, porém, fazem dele um contemporâneo do europôntida Carilos, cujo reinado teria ocorrido por volta de 775. Plutarco, por sua vez, situa a intervenção de Licurgo no momento em que o regime instaurado em Esparta sofria os ataques do *demos*. Após consultar o Oráculo de Delfos, Licurgo teria promulgado a *rhetra* que reorganizava as estruturas em que eram divididos os cidadãos (tribos e *obai*) e definidos os poderes respectivos dos dois reis, da *gerúsia*, o conselho dos Anciãos, e da assembleia do *demos*, cuja soberania era reiterada. Uma emenda à *rhetra* teria, em uma segunda instância, restringido os poderes da assembleia, que poderia ser dissolvida pela *gerousia* se tomasse decisões equivocadas[34].

---

[30] As proposições normativas podem ser escritas ou não escritas. Aquelas que não são escritas até podem parecer melhores. Segundo Plutarco, Licurgo, o mítico fundador da constituição espartana, era desta opinião. As normas não deviam ser escritas porque, como princípios fundamentais, não tinham outro lugar senão a consciência dos homens. Se se tratavam de regras secundárias ou marginais, também neste caso escrevê-las teria sido um erro porque a escrita, *entorpecendo-as*, teria impedido a sua fácil e contínua mudança. BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 63.

[31] LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 74.

[32] MOSSÉ, Claude. Dicionário da civilização grega. Tradução Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 188.

[33] MOSSÉ, Claude. Dicionário da civilização grega. Tradução Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 164.

[34] MOSSÉ, Claude. Dicionário da civilização grega. Tradução Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 188.

Enrique Ahrens[35] é da opinião de que foi entre os anos 1000 e 850 a. C., aproximadamente, que Licurgo tentou restabelecer os primeiros costumes, perdidos nas lutas internas e externas, para assegurar seu império perpétuo, proibindo expressamente a redação de leis jurídicas estritas. Seu *princípio fundamental* foi o da mais íntima união do cidadão com a ordem política, que devia ser igualmente para todas as pessoas o determinante supremo, à maneira de um *mecanismo*. Conforme a esse princípio, então, organizaram-se todas as condições: o repartir igual da propriedade territorial inteira em um número de lotes indivisíveis e inalienáveis (9.000, depois da conquista de Messênia, enquanto que os Periecos possuíam 30.000 menores); uma espécie de comunidade, sendo lícito a todos, com relação aos bens móveis, em caso de necessidade, servir-se dos utensílios e animais domésticos dos demais como dos seus próprios; educação comum para o Estado, empreendida nos jovens desde os sete anos de idade; comidas públicas; organização de uma vida de acampamento, mediante a qual se achava o Estado disposto à guerra diante de uma boa constituição militar; no interior, a atribuição do supremo poder ao conselho dos anciões, autoridade independente e intermediária entre os reis, que a presidiam e representavam ante a comunidade; no exterior, o maior isolamento possível de um Estado tão singularmente organizado, diante da proibição de tratar e comercializar com outros. Tudo isso repousava nos ombros dos maltratados hilotas – servos da Grécia que eram propriedade do Estado -, a quem era dado cultivar as terras dos espartanos, e dirigido, no que diz com o intelectual e o moral, ao menosprezo e supressão de todas as profissões nobres, das ciências e artes, e da verdadeira moralidade[36]. A

[35] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 102-103. Para Haroldo Valladão, conhecem-se as leis de Esparta, com Lycurgo, no século IX a. C., e, as de Atenas, com Solon, em VII a. C., que teriam influenciado a primeira lei romana, a Lei das XII Tábuas. As primeiras costumeiras (Plutarco), explica Valladão, teriam sido feitas após vários anos em que Lycurgo esteve ausente de sua terra, da Lacedemônia, numa primeira experiência de direito comparado, e abrangiam, principalmente, o direito público, a organização do Governo com a Assembleia Popular, o Senado e a Realeza. Só os dórios, espartanos, tinham direitos políticos e civis, e o direito, visando sobretudo a incolumidade do Estado e a pureza dos costumes, não só denegava direitos aos estrangeiros, como os queria longe do território. VALLADÃO, Haroldo. História do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 38.

[36] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 102-103.

obra de Licurgo[37] durou quatro séculos, vindo a perecer pela desproporção entre o interior e a extensão de poder exterior, e pelo egoísmo e ganância crescentes[38].

No século VI a. C., as leis de Atenas passaram a ser democraticamente estabelecidas pelo povo na Assembleia após os debates. Portanto, as leis não eram decretadas pelos governantes. O enriquecimento dos não aristocratas acabou criando conflitos com a classe dirigente que era beneficiada pelo direito por ela criado. Então, por volta de 620 ou 624 a. C., surge Drácon, chamado para dar uma legislação aos atenienses, que não dependesse da interpretação ou da vontade dos juízes. O problema é que Drácon acabou ditando uma legislação muito dura, rígida, um *código escrito com sangue*, inclusive com previsão de pena de morte para delitos de pouca gravidade[39].

Drácon havia intentado fortalecer a dominação dos Eupátridas, encontrando-se o povo gravemente oprimido, em especial pela dura aplicação das leis sobre créditos, que permitiam a escravidão por dívidas[40]. Por volta dos 594 a. C., a legislação draconiana viria, então, a ser substituída pela legislação de Sólon, de Atenas, que acabaria com a escravidão por dívidas e faria corresponder a pena à gravidade do delito. Antes de Sólon, portanto, o empréstimo era garantido pela pessoa do devedor, que seria

---

[37] Não se pode confundir o reformador espartano Licurgo, o legislador, com o *político* Licurgo. Este foi um dos últimos grandes políticos da história da democracia ateniense. Logo após a Batalha de Queronéia começou a desempenhar um papel atuante na vida da cidade. Como antes dele haviam feito Calístrato, Eubulo e, de certo modo, Demóstenes, foi como perito nos aspectos administrativos e financeiros da cidade de que se tornou o principal governante. O essencial de sua obra é informado num decreto homenageando sua memória e se localizaria entre 338-7 e 326-5. É possível que tenha sido encarregado da administração financeira com o título de *tamias*, tesoureiro, da *dioikésis*. O decreto, porém, lembra principalmente as construções públicas que Licurgo ordenara ou concluíra; os hangares para as naus, o arsenal, o teatro de Dionísio e o ginásio do Liceu, para tornar a cidade *digna de sua antiga glória*, valorizando também seu patriotismo diante do Macedônio. Licurgo teria tentado restaurar a grandeza da cidade, e o período em que ele dominou a vida política de Atenas coincide com o último brilho da democracia ateniense. MOSSÉ, Claude. Dicionário da civilização grega. Tradução Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 188.

[38] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 103.

[39] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 300-301.

[40] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 103.

escravizado se a dívida não fosse paga, garantia do credor que Sólon acabou abolindo[41].

Drácon foi importante porque realizou um antigo anseio das classes populares: que as leis fossem publicadas[42]. Assim, armou o Estado de um poder judiciário[43]. A legislação de Drácon, portanto, deve ser encarada como um grande progresso. É a primeira tentativa, ainda limitada a casos de assassinatos, de instituir um *direito comum a todos* e de colocar termo à prática de vingança das famílias[44]. A despeito dela, porém, a aristocracia continuava com os seus privilégios, continuando as classes mais pobres a amargar a sorte. Dois partidos digladiavam-se na época. O primeiro baseava-se na legalidade tradicional; o segundo, numa *equidade revolucionária*. É aqui, então, que surge Sólon, um dos *sete sábios da Grécia* (R. Maisch e F. Pohlhammer). Sólon, na condição de legislador, foi capaz de realizar uma revolução mitigada. Ao permanecer insensível aos ataques das facções que lutavam, Sólon eliminou as barreiras que mantinham os Eupátridas separados das outras classes, legislando também em matéria agrária e familiar.

Sólon, portanto, propôs-se a organizar e ordenar os interesses da aristocracia com uma democracia temperada[45]. Seu princípio fundamental foi o direito do livre cidadão e a honra que nele se funda. A condição necessária para isso, por um lado, era a importante lei de que em nenhum

---

[41] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 300-301.

[42] LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 70-71.

[43] GLOTZ, Gustave. A cidade grega. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1988, p. 100.

[44] MOSSÉ, Claude. Atenas: a História de uma Democracia. Tradução de João Batista da Costa. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982 (Coleção Pensamento Político), p. 13. Como explica Gustave Glotz, um único homem soube executar em alguns meses a obra que, durante muitos anos, representava um desafio para todo um colégio. Ele deixou um nome sinistro e temido, por ter armado o Estado do poder judiciário; passou por legislador sanguinário, por ter-se dedicado a por fim ao derramamento de sangue. As guerras civis eram um encadear de guerras privadas em que os *génê* se lançavam uns contra os outros com todas as suas forças. Para obrigar a parte lesada a dirigir-se aos tribunais, Drácon fixou as condições em que se devia recorrer à vingança ou à conciliação. Para desagregar os grupos familiares, separou em cada um deles círculos de parentelas mais ou menos próximos, e mesmo, em certos casos, impôs que os parentes convocados tomassem as decisões por unanimidade; apelou para o individualismo existente dentro do *génos*. [44] GLOTZ, Gustave. A cidade grega. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1988, p. 100-101.

[45] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 103.

caso se pudesse prender uma pessoa por dívida, mas tão somente perseguir sua fortuna; por outro, a supressão de encargos, exigida pela situação do povo, que não consistiu certamente em anular os contratos de empréstimo, mas apenas em uma remissão de juros e uma diminuição do padrão monetário; devolução livre, ao agricultor, da propriedade da herança hipotecada[46] e restituição à sua condição primeira de todos os que se achavam escravizados por dívidas. Aos artesãos (metecos), em razão da sua atividade, e aos escravos, por sentimento humanitário, também se garantiu a proteção contra o orgulho e a violência. Para dar eficácia aos deveres de cidadania, Sólon determinou que a perda dos direitos de cidadania fosse consequência do descumprimento daqueles[47].

Na organização formal da constituição política, Sólon quis combinar a aristocracia e a democracia. Manteve a organização do povo em 4 tribos e 170 *demos*, dividindo-o, política e militarmente, em 4 classes, segundo a diversidade de fortuna[48]. Assim, levando em conta as distinções entre os cidadãos, fundadas na riqueza, Sólon dividiu-os em quatro classes censitárias (ou *timocráticas*): a) *Pentacosiomedinos*, que colhiam pelo menos 500 medinos de sólido (260 hectolitros) ou 500 metretas de líquido (195 hectolitros); b) *Cavalheiros*, que colhiam pelo menos 300 (156 ou 117 hectolitros); c) *Zeugîtai*, que colhiam pelo menos 200 (104 ou 78 hectolitros); e d) *Thêtes*, classe dos que não possuíam terras ou não conseguiam alcançar a produção mínima de 200 medinos[49].

O acesso às funções públicas estava vinculado à divisão de classes, não havendo, portanto, uma igualdade, na época, entre os cidadãos. As obrigações e os direitos dessas classes eram fixados proporcionalmente ao seu respectivo censo. Todos os integrantes dessas classes eram cidadãos da *Polis*. As obrigações e os direitos, porém, variavam. Assim é que os thêtes

---

[46] TOYNBEE, Arnold J. Helenismo: história de uma civilização. Tradução de Waltensir Dutra; introdução de Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1960, p. 66.

[47] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 103-104.

[48] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 104-105.

[49] LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 72.

podiam fazer parte da Assembleia e dos tribunais, mas só deviam prestar o serviço militar como remadores, não tendo acesso às magistraturas. Os zeugîtai deviam armar-se como *hoplitas*, podendo aspirar a algumas funções subalternas. Já os cidadãos das duas primeiras classes tinham o dever de juntar-se ao exército com um cavalo, sendo obrigados às prestações denominadas *leiturgíai*, tendo direito às principais magistraturas[50].

Da primeira classe podiam ser eleitos os *arcontas*. Os arcontas antigos entravam no *Areópago*[51]. Os demais cargos do Estado eram acessíveis às outras duas classes; e a última só tomava parte nas assembleias populares. Às assembleias populares atribuíam-se direitos importantes, como a eleição de autoridades, a votação dos projetos de lei, a discussão sobre a paz, as alianças e assuntos religiosos. Das três primeiras classes anualmente elegiam-se 400 adultos de 30 anos (100 de cada uma das 4 tribos), que compunham o Conselho dos 400, que preparava todos os projetos e relatórios para a Assembleia. O *Arcontado* era encarregado de instruir os assuntos judiciais e presidir os tribunais populares. A esfera de ação do Areópago, mantido desde os tempos antigos, aumentou, recebendo, juntamente com suas primitivas funções de servir de tribunal superior para assuntos criminais, a inspeção da administração pública, do procedimento dos arcontas, da observância das leis, da conduta e costumes de todos os cidadãos, e, em muitos casos, até o direito de veto contra as resoluções do povo. Uma importante criação foi a do tribunal popular dos *Heliastas*, composto de juízes jurados, designados dentre os cidadãos considerados

---

[50] LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 72.

[51] O Areópago recebeu seu nome da colina dedicada ao deus Ares na qual se realizavam as reuniões do conselho que assessorava o rei na Atenas da época arcaica. Quando o arcontado passou a ser uma magistratura anual, o conselho do Areópago acolhia todos os arcontes que deixavam o cargo. Uma tradição difundida por Plutarco atribui sua criação a Sólon. Parece, no entanto, que o conselho existia muito antes da época do legislador, que sem dúvida se limitou a designar suas atribuições. A criação por Clístenes de um segundo conselho, a *Boulé dos Quinhentos*, e, mais tarde, em 461, as medidas tomadas por Efialtes privaram o conselho do Areópago de grande parte de suas atribuições. Na Atenas democrática dos séculos V e IV, o Areópago praticamente não intervinha na vida política da cidade. Suas funções, essencialmente jurídicas, limitavam-se ao registro dos assassinatos premeditados, dos ferimentos provocados com a intenção de matar, das tentativas de incêndio e envenenamento. Ainda que seu papel tenha se tornado relativamente secundário em relação ao desempenhado pela *boulé*, a *Eclésia* ou a *Heliéia*, muitos atenienses mantinham uma reverência inabalável em relação ao antigo conselho. Tudo indica que em muitas ocasiões e situações difíceis, o Areópago foi investido de poderes mais extensos e considerado o guardião da constituição e das leis. MOSSÉ, Claude. Dicionário da civilização grega. Tradução Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 38-39.

irrepreensíveis. Por intermédio desse tribunal, Sólon queria em todos estimular um juízo próprio sobre assuntos de direito e lei[52].

A constituição de Sólon, porém, não conseguiu enraizar-se, possivelmente pelo seu caráter intermediário e pelas rivalidades perpétuas entre os partidos. Depois que Pisístrato, auxiliado do *demos* (560), apoderou-se por algum tempo da tirania – pela qual passou rapidamente seu filho, Hiparco[53] -, Clístenes, em 510[54], estabeleceu novamente a democracia – um regime baseado numa posse de propriedades reduzida quase que a zero[55] -, estabelecendo 4 tribos e fortificando a burguesia com os metecos. Essa democracia, no entanto, depois de chegar ao seu apogeu sob o governo de Péricles[56], logo foi arruinada pela demagogia[57].

A legislação de Sólon é anterior à tirania de Pisístrato. Nas suas reformas, Sólon teria vislumbrado o *embrião* da democracia ateniense, uma vez que, eliminando as barreiras que separavam os Eupátridas das demais classes, melhorou, em geral, o nível de vida das classes populares. As reformas de Sólon são responsáveis por fazer surgir uma classe de pequenos proprietários rurais. Na política econômica, o legislador estimulou a

---

[52] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 104-105.

[53] TOYNBEE, Arnold J. Helenismo: história de uma civilização. Tradução de Waltensir Dutra; introdução de Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1960, p. 67.

[54] Segundo Arnold Toynbee, o ano seria o de 507 a. C., e não 510. a. C., como sugere Enrique Ahrens.

[55] TOYNBEE, Arnold J. Helenismo: história de uma civilização. Tradução de Waltensir Dutra; introdução de Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1960, p. 68-69.

[56] Péricles marcou tanto a sua época que ela foi chamada *O século de Péricles*. Ao pronunciar o *epitaphios* dos mortos pela pátria, Péricles afirmou: *A constituição que nos rege nada tem que invejar as leis dos povos vizinhos; serve-lhes de modelo e de modo algum as imita. O seu nome é democracia, porque visa ao interesse, não de uma minoria, mas da grande maioria*. Em seu discurso, Péricles exalta o princípio da igualdade, na vida pública e na privada, afirmando que o mérito pessoal é a base de todas as recompensas. O discurso é um texto apologético, a propósito de Atenas, do seu povo e das suas instituições. Péricles não fala na qualidade de pensador político, mas na de dirigente máximo dos atenienses. Faz o elogio fúnebre de combatentes atenienses, mortos na guerra. Se, por um lado, o discurso de Péricles não pode ser subestimado, como fonte para o conhecimento das instituições da democracia ateniense, por outro lado, ele não pode ser superestimado. A *polis*, com seu entranhado exclusivismo, continha os germens da sua própria destruição. Isso vem a propósito da Guerra do Peloponeso, na qual foi pronunciada a oração de Péricles. A *polis* foi a mais completa e complexa forma de organização atingida pelos antigos helenos. Além disso, ela propiciou que os gregos atingissem o seu clímax, em termos de realização do espírito. Foi ela, porém, também a causa da ruína da Antiga Grécia. E prova disso é a Guerra do Peloponeso, de proporções desastrosas, que possibilitou a dominação estrangeira. LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 76-77.

[57] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 105.

produção, reprimindo a especulação. A fim de estimular o comércio, Sólon procurou atrair os estrangeiros – metecos – que, em Atenas, gozaram de uma situação comparativamente melhor que nas outras *poleis*[58].

É possível afirmar que a democracia ateniense do século V tende a manter um justo equilíbrio entre o poder legal do Estado e o direito natural do indivíduo. Não se pode, nessa época, falar em direitos individuais tal qual hoje se concebe. Sequer é possível falar de esfera privada, pois não existe na *polis* uma liberdade contra ou em relação ao Estado. Sólon pode ser considerado o fundador da democracia ateniense porque todos os cidadãos podiam vangloriar-se de obedecer as mesmas leis. Essas leis, elas próprias, encarregavam-se de dividir os cidadãos em classes diferentes. Daí por que se poder afirmar que a lei era igual para todos; porém, todos não eram iguais para a lei. Isso era a *Isonomia*. Já a *Isegoria* seria o igual direito de falar, o igual direito de fazer uso da palavra nas assembleias. Nos termos da reforma de Sólon até os thêtes participavam da *Isegoria*[59].

A isonomia era a ideia fundante da democracia ateniense[60]. Democracia, na Grécia, significou um poder absoluto e incontrolado do povo (*demos*), entendido como classe, em oposição à oligarquia, poder classista dos poucos (*oligoi*), dos ricos. Nos começos da doutrina filosófica e política grega, democracia (*demokratía*) veio a significar isonomia, igualdade das leis para todos (de *isos*, igual, *nomos*, lei) e, por conseguinte, igualdade de

---

[58] LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 70-71. A *revolução econômica*, explica Arnold Toynbee, consistiu na modificação de um regime de agricultura de subsistência para um regime de produção especializada, industrial e agrícola, de exportação em troca de importação de alimentos e matérias-primas. Um hectare de solo ático poderia sustentar mais bocas atenienses se, ao invés de ser cultivado com cereais para consumo interno, fosse plantado com vinhas e oliveiras para produção de vinho e azeite que podiam ser trocados por cereais cultivados na Sicília, Egito e Ucrânia. O lucro da economia ateniense seria maior se o líquido produzido no solo ático fosse entregue ao comprador em recipientes de cerâmica atrativamente decorados. Dessa forma, os campos de trigo da Ucrânia, Egito e Sicília, os pastos do planalto da Anatólia, as minas da Etrúria, e até mesmo o interior de Cartago no noroeste da África e sudoeste da Espanha, ciosamente guardado, puderam ser anexados, comercialmente, ao mundo helênico, na época em que chegava ao fim, pela resistência etrusca e cartaginesa, a expansão da área colonizada pelos helenos e cultivada por suas mãos. Sólon compreendeu isso porque era um homem de negócios. A contribuição permanente que prestou a Atenas foi o estímulo dado à exportação de vinho e azeite ático e à imigração de ceramistas e outros artesãos estrangeiros. TOYNBEE, Arnold J. Helenismo: história de uma civilização. Tradução de Waltensir Dutra; introdução de Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1960, p. 67.

[59] LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 79-80.

[60] LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 135.

direitos entre os cidadãos. Em concreto, igual possibilidade de ser chamado aos cargos públicos e igual possibilidade de falar (*isegoría*), ou seja, liberdade de palavra[61].

Heródoto, o primeiro historiador grego, no livro terceiro de suas *Histórias*, narra, no chamado *discurso tripolítico* ou *luta pela constituição*, um episódio histórico sem qualquer fundamento e tratado com verossimilhança nas discussões filosóficas do seu tempo: o da disputa entre os três pretendentes ao trono da Pérsia[62]. Esses homens apresentam-se como defensores, o primeiro da monarquia, o segundo da oligarquia, e o terceiro da democracia, que Heródoto qualifica como *isonomia*. Ao defensor desta última fá-lo dizer que ela tem *o nome mais belo de todos*. Nos banquetes dos atenienses, entre os cantos que os alegravam, o mais popular era o *Armodio*, que louvava a Armodio e Aristogitón, os *tiranicidas*, assassinos do filho de Pisístrato, porque haviam feito os atenienses iguais ante as leis[63].

A isonomia, explica Guido Fassò[64], não era apenas o ideal político, mas o *princípio ético-pedagógico* da Grécia do século V; ao menos daquela parte da Grécia – Atenas e o mundo de cultura jônico-ética – que teve influência na história da civilização, já que Esparta e o mundo de cultura dórica permaneceram fiéis ao ideal ético-pedagógico e político aristocrático, que foi uma das razões da perene disputa entre Atenas e Esparta, culminando, então, na Guerra do Peloponeso.

Esse ideal ético-político democrático, ou da isonomia, revelar-se-ia na concepção da justiça como *dikè*, ordem racional humana e, portanto, harmonia, igualdade, consoante ensinou Hesíodo. Igualmente Sólon, o legislador, foi havido pelos atenienses como o *campeão* e o *fundador* da democracia. Também a ordem que os pré-socráticos atribuíam ao mundo

---

[61] FASSÒ, Guido. Historia de la filosofía del derecho 1: Antigüedad y Edad Media. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid: Ediciones Pirámide, S. A., 1982, p. 27.

[62] FASSÒ, Guido. Historia de la filosofía del derecho 1: Antigüedad y Edad Media. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid: Ediciones Pirámide, S. A., 1982, p. 27.

[63] FASSÒ, Guido. Historia de la filosofía del derecho 1: Antigüedad y Edad Media. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid: Ediciones Pirámide, S. A., 1982, p. 27.

[64] FASSÒ, Guido. Historia de la filosofía del derecho 1: Antigüedad y Edad Media. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid: Ediciones Pirámide, S. A., 1982, p. 27-28.

físico, inspirando-se na ideia de ordem do mundo humano, é às vezes entendida expressamente como ordem democrática, cujo valor fundamental é a igualdade.

Guido Fassò[65] lembra, ainda, que os tratadistas de medicina resumem a saúde do corpo como uma igualdade – cujo conceito é visivelmente sugerido pelo modelo de igualdade jurídica – entre as forças que governam o organismo humano. Nesse sentido, para Fassò, é significativa uma passagem da obra de um médico discípulo de Pitágoras, Alcmeon, em que, usando termos tecnicamente jurídico-políticos, afirma que a saúde deriva da igualdade dos direitos (isonomia) entre o úmido, o seco, o frio, o quente, o amargo, o doce etc., enquanto que a enfermidade procede do predomínio de um só (monarquia) deles.

Mas e o Direito privado? E o processo? O que há para dizer sobre eles? Pois bem.

No que diz com o Direito privado ou com o processo e respectivas ordens judiciais, a civilização helênica[66] foi bem diferente dos romanos. Estes, os romanos, foram pragmáticos; seus institutos do direito foram voltados para a resolução de problemas e, portanto, para o processo, para o direito privado. Aqueles, os gregos, preocuparam-se mais com a questão da justiça; seu direito estava em consonância com a *polis*, a *cidade-estado*[67]. O mundo greco-romano não se estruturava como os Estados nacionais contemporâneos. O mundo greco-romano estruturava-se como cidades-estado. Essas cidades-estado eram diferentes entre si: nas dimensões territoriais, riquezas, em suas histórias particulares e nas diferentes soluções obtidas, ao longo dos séculos, para os conflitos de interesses entre

---

[65] FASSÒ, Guido. Historia de la filosofía del derecho 1: Antigüedad y Edad Media. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid: Ediciones Pirámide, S. A., 1982, p. 28.

[66] AZEVEDO, Luiz Carlos de. Introdução à história do direito. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 39. Luiz Carlos de Azevedo fala em *civilização helênica*. Prefiro usar o termo *civilização grega*, pois, como ensina Arnold J. Toynbee, a civilização que tomou o nome de *helenismo* começou a existir em fins do segundo milênio a. C. e preservou sua identidade, desde aquela época, até o século VII da era Cristã. A Grécia, por sua vez, já existia antes que a civilização helênica surgisse. TOYNBEE, Arnold J. Helenismo: história de uma civilização. Tradução de Waltensir Dutra; introdução de Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1960, p. 5.

[67] AZEVEDO, Luiz Carlos de. Introdução à história do direito. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

seus componentes. Sob o termo *cidade-estado*, portanto, podem ser abarcados povos distintos, culturas diferentes, com seus próprios costumes, hábitos cotidianos, leis, instituições, ritmos históricos e estruturas sociais – gregos, romanos, etruscos, fenícios, itálicos, celtas, berberes -, cujo destino foi, ao longo do tempo, marcado por vários projetos e soluções[68]. No geral, explica Norberto Luiz Guarinello[69], as cidades-estado formavam associações de proprietários privados de terra. Só tinha acesso à terra, porém, quem fosse membro da comunidade. As cidades-estado, assim, foram o fechamento, gradual e ao longo de séculos, de territórios agrícolas específicos, cujos habitantes se estruturam, progressivamente, como comunidades, excluindo os estrangeiros e defendendo coletivamente suas planícies cultivadas da agressão externa. Indivíduo e comunidade, nesse contexto, não se negavam reciprocamente, mas se integravam numa relação dialética. O indivíduo, proprietário autônomo de seus meios de subsistência e de riqueza, só existia e era possível no quadro de uma comunidade concreta, que possuía de modo virtual o território agrícola. Propriedade individual da terra, fechamento do acesso ao território e ausência de um poder superior que regulasse as relações entre os camponeses foram os fatores essenciais na história dessas comunidades camponesas. Seus conflitos internos tinham de ser resolvidos comunitariamente, por mecanismos públicos, abertos ao conjunto dos proprietários. É aqui que está a origem da política como instrumento de tomada de decisões coletivas e de resolução de conflitos, e do Estado, que não se distinguia da comunidade, sendo sua própria expressão[70].

A *polis*, assim, era o centro de gravidade da vida dos antigos gregos. A vida política dos gregos, da Antiguidade clássica, está condicionada por inteiro à existência da cidade, a *polis*. Não existe, para os gregos, civilização,

---

[68] GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na antiguidade clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 29-47.

[69] GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na antiguidade clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 29-47.

[70] GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na antiguidade clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 29-47.

senão a imanente à cidade. A cidade é uma *dádiva dos deuses*, como o é o trigo. Ela basta para distinguir os helenos civilizados dos bárbaros incultos que vivem como nômades (Jean Touchard)[71]. Na *polis*, a igualdade condicionava a liberdade. Os cidadãos, assim, eram livres porque, antes disso, eram iguais. Tanto a igualdade quanto a liberdade existiam na *polis in concreto*, condicionadas por determinadas circunstâncias históricas. Os cidadãos eram iguais numa determinada *polis* e por serem cidadãos dessa determinada *polis*. Sendo iguais, eram, por conseguinte, livres[72]. A busca da igualdade na detenção do poder político é, pois, o princípio formal da constituição da Cidade. A justiça política só se impõe para os que vivem naturalmente sob o domínio da lei, a quem pertence uma parte igual no direito de governar e de ser governado. Compete às diferentes disposições constitucionais próprias de cada Cidade reger a partilha do poder político entre os cidadãos[73]. Entra aqui o conceito de *politeía*, que se pode traduzir por *constituição*, mas que irá assumir, em Aristóteles, um significado particular. A constituição (*Πολιτεία*) era, primitivamente, o direito do cidadão, alternadamente governante e governado, de participar da direção e da gestão da cidade, no nível da consulta, da jurisprudência e do exercício das funções públicas. Num segundo sentido, no entanto, é a ordem estabelecida que rege juridicamente essa participação[74].

A *polis*, assim, era composta de homens livres, com participação política contínua numa democracia direta, em que o conjunto de suas vidas em coletividade era debatido em função de direitos e deveres[75]. A cidadania, assim, gerava um *elo*, uma ligação entre o homem livre e a cidade. Reconhecia ao homem os direitos e lhe impunha obrigações; orientava a

---

[71] LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 115-116.

[72] LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999, p. 69.

[73] ISRAËL, Nicolas (com a colaboração de Laurent Gryn). Genealogia do direito moderno: o estado de necessidade. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão da tradução Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 (Biblioteca Jurídica WMF), p. 2.

[74] ISRAËL, Nicolas (com a colaboração de Laurent Gryn). Genealogia do direito moderno: o estado de necessidade. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão da tradução Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 (Biblioteca Jurídica WMF), p. 2.

[75] COVRE, Maria de Lourdes Manzini. O que é cidadania? São Paulo: Brasiliense, 2002 (Coleção primeiros passos; 250), p. 16.

conduta cívica, despertando a consciência das virtudes[76]. O homem grego livre era, pois, um homem político no sentido estrito. E cidadania, aqui, está relacionada ao surgimento da vida na cidade, à capacidade de os homens exercerem direitos e deveres de cidadão. Cada indivíduo atua. Há, então, uma esfera privada, particular, e uma esfera pública, comum a todos os cidadãos. A distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde, assim, à existência das esferas de família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado. Como ensina Hannah Arendt[77], é muito provável que o surgimento da cidade-estado e da esfera pública tenha ocorrido às custas da esfera privada da família e do lar. A antiga santidade do lar, porém, embora mais pronunciada na Grécia clássica que na Roma antiga, jamais foi inteiramente esquecida. O que impediu que a *polis* violasse as vidas privadas dos seus cidadãos e a fez ver como sagrados os limites que cercavam cada propriedade não foi o respeito pela propriedade privada tal como hoje é concebida, mas o fato de que, sem ser dono de sua casa, o homem não podia participar dos negócios do mundo porque não tinha nele lugar algum que lhe pertencesse. O que distinguia a esfera familiar era que nela os homens viviam juntos por compelidos a isso em razão das suas necessidades e carências. A comunidade natural do lar, portanto, decorrida da necessidade que reinava sobre todas as atividades exercidas no lar. Já a esfera da *polis*, ao contrário, era a esfera da *liberdade*. Se havia uma relação entre essas duas esferas, explica Arendt[78], era que a vitória sobre as necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na *polis*.

A *polis* grega, que é, portanto, a esfera pública, diz com a atuação dos homens livres e a sua responsabilidade jurídica e administrativa pelos

---

[76] TORRES, Ricardo Lobo. Cidadania. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coordenação). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo, RS/Rio de Janeiro, RJ: UNISINOS, Renovar, 2009, p. 125-128.

[77] ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 37-39.

[78] ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 40.

negócios públicos. *Viver como iguais* na *polis* significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, sem violência[79]. Aí está o espírito da democracia que, no entanto, para os gregos, era mais restrita porque incluía apenas os homens livres, deixando de fora mulheres, crianças e escravos[80]. A *polis*, portanto, diferenciava-se da família pelo fato de somente conhecer *iguais*, ao passo que a família era o centro da desigualdade. *Ser livre*, explica Hannah Arendt[81],

> significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro *e* também não comandar. Não significava domínio, como também não significava submissão. Assim, dentro da esfera da família, a liberdade não existia, pois o chefe da família, seu dominante, só era considerado livre na medida em que tinha a faculdade de deixar o lar e ingressar na esfera política, onde todos eram iguais.

A Grécia, no entanto, não tinha juristas. O jurista nasce em Roma. O mérito maior dos antigos romanos não está nas soluções jurídicas por eles elaboradas, mas na construção de um aparelho conceitual, ou seja, de uma ciência, de um vocabulário, de um sistema de argumentação jurídica criticamente avaliável; tudo isso confiado a especialistas dispostos a desenvolver profissões jurídicas e a transmitir com o ensino o próprio saber[82]. Daí a confirmação, pelos historiadores do Direito, de que, na Alemanha, por exemplo, o verdadeiro efeito, o verdadeiro mérito da recepção do Direito romano naquele território não se encontra no fato de lá ter introduzido uma quantidade de institutos jurídicos de origem estrangeira, mas no de ter possibilitado uma construção científica do Direito alemão[83]. Não existia, portanto, entre os gregos uma classe de juristas, um

---

[79] ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 35.

[80] COVRE, Maria de Lourdes Manzini. O que é cidadania? São Paulo: Brasiliense, 2002 (Coleção primeiros passos; 250), p. 16-17.

[81] ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 41-42.

[82] SACCO, Rodolfo. Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito. Tradução de Carlo Alberto Dastoli; revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 113-114.

[83] SACCO, Rodolfo. Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito. Tradução de Carlo Alberto Dastoli; revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 114.

ensino do Direito como uma técnica especial[84]. A figura do jurista como *estudioso científico do direito* não existia na Grécia clássica[85]. O que havia eram escolas de retórica, dialética e filosofia, onde se aprendia a argumentação dialética para uso forense ou semiforense, existindo também o costume de aprender de cor, recitando em forma poética, alguns textos jurídicos e poemas como os de Homero[86]. As leis de Sólon, por exemplo, eram ensinadas como poemas. Assim, todo ateniense bem educado terminava por conhecer sua tradição político-jurídica comum, sendo a literatura jurídica fonte de instrução e prazer. Também não havia cargos públicos especializados. Como havia vida pública, não havia carreira. Logo, não existia burocracia. Os discursos eram persuasivos e os julgadores eram leigos. A argumentação, assim, voltava-se aos leigos[87].

O Direito grego, portanto, não chegou a um grau de desenvolvimento semelhante ao romano. Com relação ao Direito civil, por exemplo, não há, na Grécia, uma *unidade* como há em Roma. Um das causas para isso é a diversidade de Estados; outra, a menor extensão das relações sociais, internas e externas[88]. Apesar disso, e embora se costume afirmar que a Grécia influenciou pouco na tradição jurídica e que o Ocidente, portanto, nesse ponto em especial, teria sua dívida com Roma, não se pode negar a atenção dos gregos voltada para o *útil* e, em determinadas prescrições, para os *elementos morais*, o que representa uma espécie de *vantagem* sobre o Direito romano. O debate filosófico, principalmente a partir dos sofistas[89], é que levou à reflexão metódica sobre liberdade, política, ética

[84] LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 2. ed. revista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 34.

[85] SACCO, Rodolfo. Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito. Tradução de Carlo Alberto Dastoli; revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 114.

[86] LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 2. ed. revista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 34.

[87] LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 2. ed. revista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 34.

[88] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 105.

[89] A filosofia jurídica, na condição de reflexão abstrata sobre conceitos fundamentais do Direito, foi um fenômeno relativamente tardio na história do espírito grego (Werner Jaeger). Costumam-se encontrar numerosas referências isoladas ao problema da justiça e sua relação com as leis dos homens, mas até Platão não aparece um tratamento ordenado dos temas jusfilosóficos. O que há são *conselhos*. Segundo Diógenes Laércio – a referência aqui é de

etc. Assim, se os gregos não tivessem repelido a ideia de que as leis eram reveladas pela vontade da divindade, dos deuses, ou constituiriam parte da tradição herdada, tal discussão não seria possível[90]. A positivação do direito, para os gregos, exige, pois, uma reflexão sobre a lei e sobre a justiça. Como o centro da vida se desloca da família para a cidade, já não mais podem valer as decisões dos sábios, dos mais velhos ou prudentes. O que se exige, então, são regras universais, que sejam válidas para todos os casos e não dependam da prudência para cada caso concreto. É a *solidariedade cívica*, e não a solidariedade de *sangue*, que será capaz de gerar o espaço público[91], a *polis* e a democracia[92].

Por isso, lembra Enrique Ahrens[93], deve-se notar a *posição geral do cidadão* no Estado grego. É mediante essa posição que se determina

---

Eduardo Ángel Russo -, quando perguntaram a Tales de Mileto o que era mais fácil, este teria respondido: *dar conselhos aos demais*. Por essa razão, os fragmentos dos chamados sete sábios que perduraram são também em sua grande maioria conselhos. Neles é possível ver um grande respeito à lei, definida por Pitaco de Lesbos (século VII a. C.) como *a melhor norma*, *a norma da tábua em mudança*, com o que se aludia à mutabilidade da lei humana frente à imutabilidade das normas supraempíricas. Também se encontra um antecedente do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos) no tirano Periandro de Corinto, da mesma época aproximadamente, que aconselha que, *qualquer que seja o trato que tenhas feito, respeite-o*. Esse respeito pela lei humana também é encontrado em Heráclito: *o povo deve combater pela lei como por suas muralhas* (Fragmento 44). O mesmo com Demócrito: *quem se inclina alegremente às ações justas e legais regozija-se noite e dia e se sente forte e feliz* (Fragmento 174). *Deve-se matar, segundo a lei dos nossos pais, o inimigo da cidade em toda comunidade organizada, ao menos que alguma lei o proíba* (Fragmento 259). *Quem, contrariamente à lei, absolve o culpado comete injustiça* (Fragmento 262). Também no sofista Licofrón: *a lei é a garantia de mútua justiça entre os cidadãos* (Fragmento 3). ÁNGEL RUSSO, Eduardo. Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 179.

[90] LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 2. ed. revista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

[91] O espaço público e o Estado parecem confundir-se nas origens das cidades-estado. Ambos variaram de cidade para cidade. Primeiramente, foram um espaço de poder, de decisão coletiva, articulado em instâncias cujas origens são remotas: conselhos de anciãos (*v.g.*, o Senado romano ou a *gerousia* espartana), conselhos de cidadãos (como a *boulé* ateniense), assembleias com atribuições e amplitudes variadas, magistraturas, posteriormente tribunais. O espaço público foi o espaço de uma lei comum, que obrigava a todos e que se impôs como norma escrita, fixa, publicizada e coletiva. Abrangia, igualmente, áreas que hoje não seriam definidas como áreas políticas em sentido estrito: o culto comum às divindades próprias de cada cidade-estado; as festividades coletivas, seguindo calendários exclusivos; matrimônio geralmente endogâmico; direito de comerciar bens; um exército comum garantidor da defesa do território. Na maioria das cidades-estado esse espaço público materializava-se em um núcleo urbano que congregava os templos, a praça do mercado, o porto, as oficinas de artesãos, as lojas de pequenos comércios, enfim, aquilo que era comum por excelência. Cidades-estado eram comunidades num sentido bem mais forte do que nos Estados nacionais contemporâneos. Essa identidade comunitária foi construída ao longo do tempo, a partir de populações muitas vezes díspares, sem unidade étnica ou racial. GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na antiguidade clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 29-47.

[92] LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 2. ed. revista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35-36.

[93] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 106.

também a relação do Direito civil com o público, de um modo distinto do que caracteriza a concepção romana. Sempre considerando o cidadão como membro do todo, e fazendo consistir sua liberdade essencialmente referida a este, e em especial à lei, na igualdade da cooperação e da dependência, o Estado também garante, na lei civil, o que o indivíduo lhe deve, evitando a transgressão da esfera jurídica que lhe pertence, sejam ofensas à personalidade alheia, seja ainda o abuso de suas próprias forças ou de seu egoísmo. Veja-se que, segundo as leis de Sólon, dito abuso, ainda que não atente a nenhum direito alheio, já é em si mesmo desmoralizador e punível. Nas legislações de reconhecida bondade aparece, portanto, uma independência do indivíduo com relação ao todo maior do que a existente em Roma. Achando-se, porém, o Estado, segundo a concepção grega, ameaçado em sua existência em razão da conduta inconveniente de seus membros, é possível conceber como Sólon conseguira penalizar aqueles que não tinham profissão e aqueles que nas dissensões públicas não aderissem a alguns dos partidos contrários. Essa última relação, explica Ahrens[94], expressa-se também no conceito grego de honra (τιμή), que nada representa por si mesmo, mas como consequência tão somente da conduta jurídica, e na pena da *atimia*, que é a expulsão da comunidade política, imposta a muitas transgressões dos deveres públicos. As ofensas à personalidade alheia, nas quais, em sentido amplo, se compreendem, ainda, as de palavra, podiam, segundo o Direito ático, ser castigadas ao ponto de, nos ataques de fato, estar permitido a um terceiro reclamar o castigo público. Ditas ofensas estavam proibidas até com respeito aos escravos que não pertencessem ao ofensor, pela razão de assim não acostumar o cidadão a tal proceder. O suicídio era penalizado também, usualmente, com a perda das honras fúnebres, como ato injusto de força contra todos, como uma profanação do Estado.

[94] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 106.

3.1. Da divisão das pessoas

As pessoas eram divididas em: a) *cidadãos*: somente o cidadão tinha plena capacidade jurídica, que dependia da participação em uma mesma comunidade civil. Entre os cidadãos, nos primeiros tempos, existiu, todavia, certa desigualdade política e até civil, fundada na oposição da classe nobre (Eupátridas) e do *demos*. Essa desigualdade existia em todas as tribos e somente acabou na época da democracia pura; b) *periecos* e *metecos*: constituíam uma classe intermediária. Não eram nem cidadãos e nem escravos. Os periecos formavam aquela parte dos antigos habitantes do país conquistado, que conservou sua liberdade pessoal e suas propriedades territoriais em troca de um tributo ao vencedor, segundo ocorreu em Esparta, distintamente do que ocorria com os hilotas. Os metecos, ao contrário, cujo número cresceu muito, especialmente em Atenas, eram como vassalos ou clientes estabelecidos para sempre ou por muito tempo, ou pessoas recebidas na comunidade, e que em certos aspectos eram consideradas estrangeiros, não podendo adquirir propriedade territorial e tendo que eleger um cidadão como patrono, permitindo-lhes o Estado, em troca, mediante um tributo moderado, o exercício das profissões civis; c) os *estrangeiros* não tinham direito, mas gozavam de proteção em razão do direito de Deus e de hospitalidade. Posteriormente, estabeleceram-se leis ou tratados, em especial na ordem político-mercantil, que asseguravam aos membros de um Estado seus direitos ante as autoridades de outro; d) a *escravidão*, originariamente nascida pela conquista dos povos que habitavam o território, distingue-se da escravidão dos demais povos por não ser lícito ao senhor matar o escravo e nem vendê-lo fora do país. Somente o escravo do Estado podia ter propriedade. O escravo emancipado não se fazia cidadão, mas meteco[95].

---

[95] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 107-108.

3.2. O matrimônio, o poder paterno e o direito de sucessão

O matrimônio, em todos os tempos, foi monógamo. O concubinato, porém, era lícito. É que a educação não ofertada às mulheres e o sentido grego acabaram levando a que se olhasse com indulgência o concubinato, uma vez que as cortesãs possuíam grande cultura intelectual. Nos tempos homéricos, o matrimônio realizava-se como uma espécie de compra; depois, por meio de um contrato, cuja celebração era marcada por uma sanção religiosa. Na Lacedemônia, para levar a mulher para casa, havia uma forma de *rapto*[96]. Mais tarde, como sinal de um matrimônio legítimo e garantia para dificultar o divórcio, chegou a estar em uso o dote, no qual o marido tinha não mais que o usufruto, devendo afiançar com hipoteca. Os filhos havidos em matrimônio com estrangeiros tiveram distinta consideração de acordo com a época. Por último, em Atenas, para gozar de todos os direitos civis, necessitava-se que o pai e a mãe os tivessem. A lei cuidou de conservar, até onde possível, a família do pai nos seus descendentes, e assegurar, dentro dela, o patrimônio para a filha chamada à herança, a filha herdeira, com a qual o parente varão colateral mais imediato tinha o direito e o dever de se casar[97].

Na escolha da esposa, seguiu predominando a antiga preferência pelos parentes. Nos tempos heroicos, com exceção da relação entre pais e filhos, não existia impedimento algum entre os demais graus, por imediatos que fossem. Posteriormente, proibiu-se, em Atenas, o matrimônio entre os irmãos de mãe. O direito ático permitia a adoção, mesmo existindo filhas. Era, inclusive, um dever, na falta de filhos, a fim de conservar a família e evitar a perda do sagrado a ela referente. O marido tinha direito ao divórcio, podendo devolver a mulher ou mesmo abandoná-la. Se a mulher fosse abandonada sem razão, podia reclamar a restituição do dote ou

---

[96] Uma das obras que melhor retrata toda a tradição religiosa e familiar do mundo greco-romano antigo, inclusive tratando do casamento como uma espécie de teatro, caracterizado por um rapto da noiva, cuja leitura é indispensável e que sugiro é: FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

[97] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 108.

o pagamento dos juros e de alimentos. A mulher também podia pedir o divórcio ante o arconte. O adultério era castigado, até mesmo com a morte (em Tenedos, por exemplo). O adúltero surpreendido em flagrante podia ser morto pelo marido, conforme as leis áticas.

As mulheres eram consideradas incapazes durante toda a sua vida. O pai ou o marido eram seu senhor e protetor. A viúva, segundo o que se sabe, poderia voltar à casa do que a tinha sob sua autoridade ou continuar a vida doméstica com seus filhos, que, nesse caso, ficavam com a fortuna e a tutela de sua mãe[98].

O poder paterno nascia do matrimônio, da adoção e da legitimação. Sólon permitiu o direito de vender as filhas que houvessem se prostituído. A tutela era dever dos parentes próximos e se achava sob a inspeção dos magistrados superiores.

A sucessão era intestada e testamentária. A primeira fundava-se no parentesco de consanguinidade, que compreendia os descendentes e colaterais. Entre os descendentes, os filhos do matrimônio recebiam igual porção da herança. As filhas e demais mulheres da família somente podiam pedir dote e alimentos. Mesmo na falta de varões, quando eram chamadas à herança, quem a recebia era o parente próximo com que teria de se casar, adquirindo, assim, a sucessão para os filhos futuros. Na linha reta era ilimitado o direito de representação e não se necessitava de intervenção judicial para a herança. Já na linha colateral o mais próximo excluía o mais remoto e, em igualdade de grau, o varão à mulher. Até Sólon o direito de testar não havia sido introduzido em Atenas. A adoção e a instituição de herdeiro enlaçavam-se. Os legados que não se referissem a bens móveis e nem prejudicassem o direito do herdeiro necessário estavam permitidos[99].

---

[98] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 108-109.

[99] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 109-110.

3.3. Outros direitos

Quanto ao direito real, a propriedade imobiliária era objeto imediato da atenção pública. A intransmissibilidade da propriedade territorial herdada era base importante da constituição comunal. Somente em caso de extrema necessidade poder-se-ia prescindir desse princípio. Noutros Estados existia a proibição de enriquecer além de certa medida. O posterior desenvolvimento da sociedade, porém, fez cair no esquecimento ambos os preceitos.

A posse de boa fé de uma coisa estava protegida por Zaleuco até decisão judicial. Os limites eram sagrados em razão da religião. As transmissões de propriedade constavam, em alguns poucos lugares, de livros de registro, ou se faziam constatar por meio do testemunho dos vizinhos ou pela notificação à autoridade. Entre as servidões havia uma de especial importância em virtude da qual o cidadão que havia buscado água em sua herança até dez dedos de profundidade, sem achá-la, podia tomá-la diariamente duas vezes, até certa quantidade, do vizinho. O direito de reivindicar a propriedade perdida existia no direito ático, particularmente com respeito aos escravos. A propriedade podia ser perdida também por prescrição ou por confisco[100].

No que diz com o direito das obrigações, este não se desenvolveu na Grécia como em Roma. Faltava na Grécia o sentido formal conveniente a esse fim. Somente existiam princípios gerais e não se atribuía grande importância a fórmulas na persecução dos direitos. Assim é que a legislação grega estabelece esses princípios gerais naqueles contratos que se apresentam em uma vida social medianamente desenvolvida, tais como o mútuo, comodato, depósito, hipoteca, compra e venda, arrendamento, aluguel, contrato de obras, sociedade etc., e nas obrigações referentes às indenizações por danos causados.

---

[100] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 110.

Não havia, portanto, uma forma especial prescrita para os contratos. Se a convenção não fosse contrária à ordem e aos interesses da república, e nem imoral, era reconhecida como válida. As sociedades e corporações existentes também ganhavam personalidade jurídica. Os principais meios de segurança eram os documentos (muito usados em Atenas) e o testemunho. Nos contratos escritos, frequentemente, eram incluídas penas convencionais. A fiança também era utilizada. Nos empréstimos, onde os juros altos eram frequentes, a prisão pessoal por dívidas não tinha lugar em Atenas, senão nas ações privilegiadas do Estado e dos comerciantes. Aparece a forma peculiar do *Eranos*, individual ou socialmente empregado, ou seja, uma mútua proteção, que, unida ao empréstimo gratuito, obrigava em certos casos o mutuário à devolução até onde suas forças alcançassem, dando lugar a uma ação que, no entanto, ao que parece, somente servia para infligir uma nota ruim ao ingrato, ante a opinião pública. Os contratos de empréstimo foram muito frequentes, especialmente em Atenas, tendo o direito marítimo da ilha de Rhodes grande importância para o desenvolvimento desse ramo[101].

Quanto ao direito penal, este progrediu, desde a vingança privada até o castigo pelo Estado. Assassinatos, homicídios e lesões intencionais eram considerados, segundo as ideias atenienses e, no geral, gregas, do ponto de vista religioso, como uma profanação, da qual era dever sagrado livrar o território. Mesmo que o réu não tivesse agido intencionalmente, deveria sair do território por algum tempo. Até as coisas inanimadas, incapazes de delinquir, por meio das quais se causava a morte de um homem, eram levadas para fora. Os meios penais eram muito diversos. As formas mais suaves da pena de morte eram o veneno ou o estrangulamento dentro da prisão; as mais duras, a execução pública pela massa ou pela decapitação. Raras vezes se afogava, queimava e empalava.

O direito processual era um dos ramos desenvolvidos na legislação ateniense. Os elementos principais a demonstrar seu desenvolvimento e

---

[101] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 111.

perfeição eram: a participação do povo no poder judicial, a distinção entra a instrução e a decisão do processo, a classificação das ações em públicas e privadas, a variada organização dos tribunais (de um lado, o areópago, a arcontas, o júri dos heliastas, o Senado e o povo; doutro lado, os árbitros, os quadragintaviros, os efetas, os nautódicos, os metrônomos etc.), os trâmites de comprovação no primeiro período: colocação, armazenamento, juramento de sinceridade de ambos os litigantes, exceções, provas etc., e, no segundo, a solenidade e importância dos debates forenses, sobretudo no júri e no areópago, cada qual ao seu modo; os recursos de apelação quando as formas eram violadas ou se ditava uma decisão injusta; o direito de asilo e o da graça ou indulto[102].

[102] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 410. A referência de Ahrens é à obra *Der attische Process* (*Procedimento ático*), 1824, de Maier e Schömann.

IV. Seção II. O Direito Romano

1. A vocação jurídica de Roma

Há bem mais de meio século Arnaldo Biscardi concluiu que a necessidade de estudar o Direito Romano estava no fato de ele ser um *elemento formativo da civilização europeia* e, portanto, o próprio *fundamento da ciência jurídica*. Segundo Vandick Londres da Nóbrega[103], o estudo do Direito Romano, então, seria o *principal fator para a formação de uma verdadeira consciência jurídica*. Afinal de contas, se, como observou Lauro Chiazzese, o direito sem a justiça seria uma *palavra vã*, e a consciência jurídica, na acepção romana e eterna, seria formada pela absoluta identidade entre o fim do direito e o fim da justiça, por que não afirmar, então, que é nele, no Direito Romano, que podemos encontrar um meio para formar essa consciência jurídica?

Em que pese a distância temporal que nos separa de autores como Biscardi, Londres da Nóbrega e Chiazzese, e apesar de o mundo contemporâneo ter desenvolvido extrema complexidade por todos os lados e em todos os setores da vida, levando o Direito, por exemplo, a ser visto como um *conjunto de símbolos normativos com função persuasiva*[104] ou como um *conjunto de expectativas normativas estabelecidas em termos contrafácticos*[105] - caso em que a justiça constituiria mera *redundância* de decisões, tal como propõe a atual visão sociológica do Direito -, tais afirmações quanto à necessidade do estudo do Direito Romano não perderam

---

[103] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 6.

[104] ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11-12.

[105] Consultem-se: LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980; LUHMANN, Niklas. Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Studio, 1997; LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985; LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. Teoría de la sociedad. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993; LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

sua atualidade. Desde o século XI, quando na Escola de Bolonha começam a ser estudados os textos romanos, ao século XIX, o Direito Romano sempre pareceu ser um *direito novo*, a oferecer soluções práticas. E nos séculos XX e XXI, apesar de toda a evolução em termos de estudo da sociedade e do direito, alguns de seus fundamentos continuaram, como continuam, a valer. Daí o acerto de Londres da Nóbrega[106] ao afirmar, também há mais de meio século, que, enquanto *sistema*, o Direito Romano é um instrumento capaz de *moldar* a consciência jurídica dos que elaboram e dos que interpretam a lei. Nesse sentido, basta lembrar, por exemplo, o princípio da *bona fides*, aceito pelos romanos por influência estoica, que constitui o grande e principal fundamento do seu direito. A consequência desse princípio é a de que o Direito Romano considerava o interesse comum acima do particular. Vandick Londres da Nóbrega[107] busca em Cícero um exemplo da importância dada pelo Direito Romano à *bona fides* e ao mútuo respeito que devia prevalecer entre os contratantes:

> Conta-nos Cícero que certo comerciante chegou à ilha de Rodes com grande carregamento de trigo vindo de Alexandria. Em Rodes havia muita falta de trigo e o navegante não disse que outros navios se dirigiam à ilha com carregamento da mesma mercadoria. Por isto, o trigo foi vendido a preço mais elevado do que aquêle que teria obtido o comerciante se não houvesse silenciado. Grotius é de opinião que os rodenses eram obrigados aos contratos de compra, porque o navegante não mentiu; não houve **dolus malus**, porém uma **licita solertia**. No entanto, Cícero, de acôrdo com a doutrina estóica, pensa diferentemente, porque o navegante não devia ter calado.

Os romanos procuraram encontrar, portanto, um *sistema* capaz de disciplinar a vida em sociedade; daí por que não tiveram qualquer preocupação em dizer o que eles entendiam por *direito*. Consoante Londres da Nóbrega[108], a definição de Celso – e aqui a lição é extraída do romanista

---

[106] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 9.

[107] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 9.

[108] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 9.

Gerhard von Beseler – é a de que o direito seria, pois, um *sistema*, um *sistema do bom e do justo* (*ius est ars boni et aequi*). Aqui, entra, então, a noção de *aequitas*, importante para clarear o significado do *justo* para os romanos. A *aequitas*, ao contrário da *epieikeia* dos gregos, não é algo exterior ao Direito: é sua própria essência. Seu caráter constitutivo, assim, se contrapõe ao caráter corretivo próprio da *epieikeia*. A noção de *epieikeia* pode ser cabível como justiça do caso particular dentro de um ordenamento jurídico constituído por normas abstratas e fixas, cuja rigidez necessite ser corrigida para ser adaptada às várias e mutáveis situações que a vida apresenta. Resulta, no entanto, desnecessária dentro de um sistema que, como o romano, se caracteriza por sua base consuetudinária e seu caráter dinâmico, aberto às transformações da sociedade e à riqueza dos diversos comportamentos humanos possíveis[109]. A *aequitas*, portanto, não é um conceito que provém da filosofia grega, mas uma noção de origem romana, atuante no desenvolvimento do seu direito. Ela deriva da raiz latina *aequ-* que significa igualdade, parelho. Daí provém o substantivo *aequor*, que significa o mar, a planura, o que apresenta uma superfície plana, sem acidentes. Há aí um sentido de igualdade, de equilíbrio sem quebras, sem acidentes, que se expressa também nos adjetivos *aequum* e *aequalis*, o que não se refere somente à realidade natural, mas à mente humana[110]. No período clássico[111], a noção de *aequum* assume, então, caráter jurídico e passa a se confundir com o que é justo no sentido de *proporcional*, em acordo com as variáveis modalidades que ostentam os diversos fatos concretos. Nessa época, explica Martin Laclau[112], era usual enlaçar os termos *aequum* e *bonum*. O *bonum*, no entanto, não era um

---

[109] Nesse sentido, LACLAU, Martín. La historicidad del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 21.

[110] LACLAU, Martín. La historicidad del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 21-22.

[111] A chamada *História interna* do Direito Romano, como se verá adiante, é dividida em: a) direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a. C.; b) do direito clássico (daí ao término do reinado de Dioclesiano, em 305 d. C.; o período áureo dessa época vai de 96 a 235 d. C.); e c) do direito pós-clássico ou romano-helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d. C. – dá-se, porém, a designação de *direito justinianeu* ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d. C. ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 68.

[112] LACLAU, Martín. La historicidad del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 21-22.

valor moral. Para os romanos, *bonum* era o *conveniente*, não havendo no conceito de direito como *ars boni et aequi*, nenhuma noção moral, mas a busca do conveniente e do justo para dar solução jurídica a uma situação determinada[113]. Nesse mesmo sentido encontra-se o magistério de Horacio Insanti[114] ao lembrar a definição de *ius* dada pelos juristas romanos Celso e Ulpiano: *ius* seria a *arte do equitativo*, e não a do *justo*. Quando Celso e Ulpiano falam do *ius* como a arte do equitativo, explica Insanti, estão se referindo ao mesmo que Aristóteles quer dizer como *dikaion*, o justo, aquele ponto que estabelece a unidade do diverso dando a cada um o seu[115]. Assim, no direito romano se fala de uma *aequitas* do direito civil, de outra do direito das gentes, e de outra do direito natural. Há uma *aequitas* natural que vai corrigindo a *aequitas* civil, mas a segunda não é uma correção do justo legal. O justo legal é o equilíbrio encontrado pelas leis do solene direito quiritário. O avanço do direito em Roma até a equidade do direito natural não tem nada a ver com a correção do justo legal de que falava Aristóteles. É um diferente ponto de equilíbrio que as leis de um e outro encontram segundo as distintas relações sobre as que suas normas se voltam, mas em um e outro a equidade é o *ponto médio de dar a cada um o seu*[116].

---

[113] LACLAU, Martín. La historicidad del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 22.

[114] INSANTI, Horacio. Derecho y posmodernidad: el *ius* y la superación de la metafísica. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 52-53.

[115] António Manuel Hespanha entende que a equidade romana clássica é inspirada na filosofia aristotélica ou estóica, e que não é a mesma equidade dos direitos cristianizados, pós-clássico, medieval ou moderno, nem a mesma do direito, individualista e laicizado, dos nossos dias. HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 135.

[116] INSANTI, Horacio. Derecho y posmodernidad: el ius y la superación de la metafísica. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 52-53. José Carlos Moreira Alves dá conta de que alguns autores - caso de Beseler, por exemplo -, baseando-se no fato de que o vocábulo *aequitas* se encontra em várias constituições de Justiniano e em muitos textos interpolados, pretendem que se deva eliminá-lo do vocabulário e do pensamento clássico: a *aequitas* somente teria surgido no direito pós-clássico. A melhor doutrina, porém, segundo Moreira Alves, é a que entende que o conceito de *aequitas* não foi o mesmo no direito clássico e no pós-clássico. Para os jurisconsultos clássicos, explica Moreira Alves, *aequitas* é o que, modernamente, se denomina justiça: aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo. É ela – e a frase é de Scialoja – uma tendência, uma visão ideal, algo que se contrapõe ao que é concreto. Por isso, o direito positivo pode entrar em choque com ela. E Celso, ao definir o *ius* como *ars boni et aequi*, pretendeu chamar a atenção para a circunstância de que, no período clássico, o direito é intimamente penetrado pela *aequitas*: trata-se de um direito justo. Bem diversa a noção de *aequitas* no período pós-clássico. Aí, em antítese com o *ius*, ela adquire o sentido de benignidade, benevolência (*humanitas*, *benignitas*, *benevolentia*, *pietas*, *caritas*). Com base nela, os imperadores romanos derrogam princípios jurídicos, como, por exemplo, permitem que os humildes (*humiliores*), em certos casos, se desliguem, por vontade unilateral, de

O direito, é sabido, pode ser considerado um *agir* e um *saber orientado praticamente*, que, por vezes, se eleva ao plano da *reflexão teorética*[117]. Com o direito, o homem antigo e o moderno organizaram e organizam sua vida social em contextos históricos determinados. No mundo romano, porém, a experiência jurídica possui *singular fisionomia*[118]. A *vocação jurídica* de Roma, nesse aspecto, é, pois, digna de nota. Os romanos distinguiram o direito da moral e da religião. Embora o número de leis dos romanos fosse até inferior ao de outros povos, Roma adquiriu supremacia no campo do direito por haver criado uma ciência e uma arte do direito[119]. Eis aí alguns dos porquês da sua importância e eficácia, o que aparece de modo muito visível ao longo da história da humanidade. O significado do Direito Romano e da sua história para o Direito contemporâneo é, assim, impossível de ser desconsiderado. A história jurídica, portanto, *tem uma história*. Claro que – e o alerta vem de Mario Bretone[120] - é impossível percorrer todo o seu caminho, mas *é útil*, diz Bretone, *fixarmo-nos em alguns elementos significativos*. A historiografia, obviamente, tem um horizonte que não é constituído unicamente pela realidade do mundo antigo, pois inclui a Idade Média e a Idade Moderna. O direito romano, de fato, torna-se, então, um problema para a historiografia[121]. Veja-se que a compilação legislativa de Justiniano, alguns anos depois de sua emanação, tomou o caminho da Itália; porém, nem todas as suas partes tiveram igual destino. Basta ver que o *Digesto*, por exemplo, caiu no esquecimento e apenas por volta de 1100 d. C. é que foi descoberto em Bolonha. Do século XII ao século XVI e depois, muitos países da Europa central e ocidental assumiram o

---

vínculos contratuais. ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 78-79.

[117] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 11.

[118] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 11.

[119] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 301.

[120] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 21-22.

[121] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 21-22.

direito justiniano como direito vigente: França, Espanha, Portugal. A partir do século XV, e, de certa forma, até mesmo antes, a Alemanha, a Áustria, a Polônia, a Hungria, os países baixos e a Escócia. Assim, explica Mario Bretone, como *direito comum* – um direito *universal*, *complementar* e *supletivo* relativamente aos sistemas locais e individuais -, o direito justiniano manteve uma duradoura eficácia, ligando-se o seu sucesso não apenas ao do Império e da Igreja, mas acompanhando o nascimento dos estados absolutos a partir da dissolução da sociedade da Idade Média. Essa eficácia não ficou alheia aos empreendimentos de codificação que se realizaram entre os séculos XVIII e XIX, nos quais se manifestam os conflitos de um mundo dividido entre os antigos privilégios feudais e os novos valores burgueses da segurança e liberdade do comércio e da igualdade formal. Contido no grandioso projeto da Compilação, o Direito romano é entendido de modo variado; utilizado e manipulado até o limiar do século XX, tornando-se, juntamente com o direito canônico, a base do ensino jurídico em todas as universidades da Europa, por exemplo. O direito romano, embora possa parecer exemplo de *sutileza* e *instabilidade*, como teria definido Hugo Grócio[122] na primeira metade do século XVII, submete-se a uma interpretação racionalista que isola os princípios naturais implícitos no tecido das suas normas e lhes dá uma forma sistemática. Ao longo de todo o século XIX, a Escola histórica alemã e a *Pandectística*, ciência do direito civil, distinguem aqui um modelo insubstituível, que pode ofertar

[122] Em *O direito da guerra e da paz*, Hugo Grócio faz referência às três classes de jurisconsultos que fizeram profissão da ciência do direito romano. *A primeira*, explica Grócio, *se compõe daqueles cujos trabalhos são colocados em evidência nos Pandectas, nos Códigos de Teodósio e de Justiniano e nas Novelas. A segunda compreende aqueles que sucederam a Irnerius, Accursio, Bartolo e tantos outros nomes que reinaram por longo tempo no banco dos advogados. A terceira abraça aqueles que unem as letras aos estudos das leis*. Com relação aos mestres da *terceira classe* é que Grócio falará dessa sutileza. Nas suas palavras: *Os mestres da terceira classe, que se encerram dentro dos limites do direito romano e dele não se afastam jamais para entrar nesse direito comum ou não o fazem senão superficialmente, não são de quase nenhuma utilidade em nosso tema. Eles uniram a sutilidade escolástica ao conhecimento das leis e dos cânones, a tal ponto mesmo que dois espanhóis, Covarruvias e Vasquez, não se abstiveram assim mesmo de tratar das controvérsias dos povos e dos reis: o primeiro com uma grande liberdade e o segundo com mais reserva e com um julgamento mais exato*. GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, V.I. (Coleção clássicos do direito internacional/coord. Arno Dal Ri Júnior), p. 62-64.

uma orientação segura aos estudiosos do direito que são cientes do seu papel e guardiões de uma tradição de permanente valor[123].

2. O que é o Direito Romano?

O Direito Romano é visto como o conjunto de regras jurídicas que governaram a sociedade romana desde 754 a. C. (ou 753 a. C.) até o ano 565 d. C.[124], ano da morte do imperador Justiniano, que havia determinado aos juristas da época reunir obras sobre o direito romano em compilações, o que ficou conhecido posteriormente como o *Corpus Iuris Civilis*.

3. O Direito Romano e o Direito Grego

Alguns institutos do Direito Romano têm ligação com o direito dos latinos[125]. Apesar de não se poder falar em uma igualdade entre ambas as instituições jurídicas, não é difícil admitir certo parentesco, em especial por conta do comércio que havia entre os dois povos. Para citar um exemplo desse parentesco, tomem-se os fundamentos essenciais do direito de família que entre latinos e romanos eram os mesmos. No direito da cidade de Salpensa, por exemplo, é possível encontrar institutos comuns de ambos os direitos, tais como a *patria potestas*, a *tutela*, o *patronatus* etc. Também no direito umbro-samnita há pontos de contato: o *senatus*, o *meddix* (*magistratus*) etc.

Embora não se possa falar de um *íntimo parentesco*, também há pontos de contato entre o Direito grego e o Direito romano[126]. A legislação

---

[123] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 21-22.

[124] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 25.

[125] É bom lembrar que, em Roma, há três tipos de cidadãos *libertos*, que são aqueles que foram libertados de uma escravidão legal: cidadãos romanos, latinos ou submetidos. FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 49-79.

[126] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 29-30. Imprescindível a leitura de: FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga: estudos

grega, aliás, serviu de modelo para a elaboração da Lei das XII Tábuas[127]. Na lei de Rhodes há referência expressa ao modelo grego; na *lex Iulia de adulteriis* está patente a imitação às leis draconianas; o direito de asilo admitido em Roma por Antônio é também consequência da influência do direito grego. É muito acentuada, ainda, a recepção do direito grego no que diz com a administração do Estado: nas ordens do fisco, na cunhagem de moedas com a efígie do imperador etc.

Os juristas romanos não pensaram na possibilidade de uma codificação capaz de abrigar toda a vida jurídica. A única codificação com a pretensão de plenitude foi a que precisamente encerra, ou seja, conclui o Direito romano histórico: a compilação de Justiniano, que foi composta com a desregrada produção legislativa e doutrinária dos séculos passados. Assim, nada menos sistemático que o Direito romano com sua diversidade de fontes (costumes, leis, plebiscitos, *senatus consultos*, constituições imperiais, editos) e onde a doutrina adquiria caráter vinculante. Frente a esse direito não sistemático, a doutrina também adotou um modelo não sistemático[128]. O Direito romano, portanto, foi casuísta, pragmático, acumulativo, definidor de ações mais que de direitos. Os romanos não formularam definições abstratas do *ius* em seu principal significado de ordenamento jurídico, mas definiram situações concretas. Para os romanos, então, a boa técnica jurídica é a que proporciona da melhor maneira possível (com menor esforço, com menor gasto, com menor tempo) o resultado esperado. A eficácia, assim, é um critério de validez para as proposições técnicas, um critério objetivo. Por isso não se estranha que as opiniões dos técnicos (*prudentes*, de *providere*: *ver com antecipação*), quando coincidentes, tiveram força de lei[129].

---

sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

[127] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 65.

[128] ÁNGEL RUSSO, Eduardo. Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 232.

[129] ÁNGEL RUSSO, Eduardo. Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 232-233.

Como explica Eduardo Angel Russo, talvez isso possa ser de difícil compreensão para nossa mentalidade profissional corrente, acostumada a ver o Direito como algo dado, e não como algo que se faz. Para os romanos, portanto, o direito era visto como um *conhecimento criativo*[130].

O estudo do Direito em Roma era metódico, ao menos a partir da época clássica. Incluía a memorização de textos legais, a análise da jurisprudência pretoriana e extrapretoriana, o estudo da retórica e da eloquência, e, finalmente, de filosofia. A personalidade do advogado, portanto, estribava-se neste tripé: *expert* no Direito prático, hábil orador e argumentador, e conhecedor da filosofia moral dominante. A interpretação da lei, por sua vez, não tinha nada a ver com a atividade exegética do modelo napoleônico, por exemplo. O jurista não buscava a solução do conflito ou a defesa de uma das partes a partir das palavras da lei. Conhecer as leis, para os romanos, não era saber seu texto, mas sua *força* e *poder*. E *ter poder* equivale a *poder fazer*. Conhecer as leis implicava saber o que se podia e o que não se podia fazer com elas. Ao dar à lei esse valor instrumental, de meio e não de fim, a ausência de sistema não era um inconveniente, mas uma *virtude*. O advogado romano tinha ao seu alcance uma diversidade de fontes a serviço do caso que tinha nas mãos, sem nenhuma necessidade de estruturá-las sistematicamente. Se o edito, por exemplo, resultava inaplicável ou injusto, lá estavam os costumes antigos (*mores maiorum*), ou o direito natural das gentes, aplicado aos estrangeiros (*ius gentium*), enriquecido com os aportes helênicos do estoicismo, apontando para um direito natural. Se nada disso era suficiente, havia ainda a arte retórica. Aliás, não é causalidade que, uma ou outra vez, se intentasse em vão proscrever a retórica, acusando-a dos abusos que acarretava a possibilidade de se fabricar, por via argumentativa, uma fonte na medida. Tampouco é causalidade – retorno a Ángel Russo - que a retórica *expulsada pela porta viesse voltar pela janela*[131].

---

[130] ÁNGEL RUSSO, Eduardo. Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 233.

[131] ÁNGEL RUSSO, Eduardo. Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 233-234.

Em Roma, doutrina e constituições imperiais foram compiladas por ordem de Justiniano. Já as fontes do direito grego, ao contrário, perderam-se, restando dele apenas fragmentos, trechos, em especial de filósofos como Platão e Aristóteles, ou de retóricos, como Demóstenes, Antifonte etc[132].

4. A influência etrusca na formação das instituições romanas

Os etruscos formaram o *fermento* do desenvolvimento itálico[133]. Não são arianos e tampouco provêm do antigo Mediterrâneo. Podem ser considerados membros da raça proveniente de algum país do Mediterrâneo oriental ou talvez da Ásia Menor. Sua cultura é bem desenvolvida. Na adoração da divindade reveste-se de caráter cruel e fantástico. Cultuavam os mortos e os antepassados. Por ser o etrusco um povo navegante, e não camponês, a mulher gozava de mais liberdade do que a mulher entre os povos itálicos. A influência etrusca faz-se sentir no poder do *paterfamilias* romano, que, segundo a doutrina, iria muito além do poder do *paterfamilias* germânico e grego[134]. Não se pode, porém, atribuir aos etruscos toda a organização política de Roma. Há, assim, segundo boa parte da história tradicional, duas fases no período monárquico: a latina e, depois, a etrusca. As instituições mais antigas de Roma, no entanto, teriam origem essencialmente latina: *rex*, *regia*, *interregnum*, *patres*, *tribus*, *magister*, *curia* etc.

E é assim que, no sul do rio Tibre, em Roma, pela fusão da raça mediterrânea (sabinos) com a raça indo-europeia (latinos), constitui-se um povo em que as melhores qualidades das duas raças fortificam-se uma pela

---

[132] AZEVEDO, Luiz Carlos de. Introdução à história do direito. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

[133] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 33-34.

[134] Na família o pai atua como um rei. Ele é o sacerdote e o juiz; o *direito de vida e de morte* que pode exercer sobre os filhos conserva por muito tempo um valor simbólico, vindo só muito tarde a ser negado. A *patria potestas* é um instituto singular, que não tem comparação, e os escritores gregos falam dele com uma ponta de admiração. Só o pater famílias é proprietário, tem um patrimônio e se torna titular de direitos; pode instituir um herdeiro, tomar parte num processo e responder pelas dívidas que assume. BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 74.

outra. Como ensina Londres da Nóbrega[135] com base em Pericle Ducati, é a *fusão* da audácia, da agilidade mediterrânea, e da firmeza, da tenacidade indo-europeia; e é daí que nasce o povo romano.

5. A história interna e a história externa do Direito Romano

Os estudiosos falam de *história interna* e *história externa* do Direito Romano[136]. Tanto uma como outra se dividem em períodos. A história interna é a história das instituições do Direito Romano; é o *sistema de direito privado romano*. A história externa é a história do Direito Romano. A história interna também é chamada *história das doutrinas*, ao passo que a externa é chamada *história das fontes*[137].

Quanto à *história interna*, a divisão dar-se-ia em três fases:

1ª) a do direito antigo, pré-clássico, que vai das origens de Roma em 754 a. C. até a Lei *Aebutia* (esta aproximadamente entre 149 e 126 a. C.);

2ª) a do direito clássico, que vai da *Lex Aebutia* até o término do reinado de Dioclesiano, em 305 d. C.; e

3ª) a do direito pós-clássico ou romano-helênico, que vai desde o término do reinado de Dioclesiano até a morte de Justiniano em 565 d. C. O direito vigente ao tempo em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d. C., chama-se *direito justinianeu*[138].

Quanto ao que se chama de *história externa* do Direito Romano, usualmente, apresentam-se quatro fases, a saber:

1º período: desde a fundação de Roma em 754 a. C. até 510 a. C. Predominava nessa época o direito consuetudinário. Este é o período da Realeza.

---

135 NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 35.

136 ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1-2.

137 AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 122.

138 ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2.

2º período: vai desde 510 a. C. até o estabelecimento do Império; portanto, até o ano 27 a. C. Trata-se, aqui, da época *republicana*. Esse segundo período, republicano, vai, portanto, desde aproximadamente o advento da *Lei das XII Tábuas* até o advento de Augusto[139].

3º período: essa fase vai desde o ano 27 a. C. até o aparecimento de Dioclesiano, com o início do *dominato* em 285 d. C[140]. É o *Alto Império*, chamado *principado de Augusto*[141], que vai, como dito, até Dioclesiano e, também, Constantino[142].

4º período: esse período vai desde Dioclesiano e Constantino até a morte de Justiniano em 565 d. C. Trata-se do *Baixo Império*, chamado de *dominato*[143].

Ambas as histórias, interna e externa, serão objeto de exposição. Inverterei, no entanto, a ordem dessa exposição, passando a descrever, primeiramente, a história externa, deixando para momento posterior a história interna.

5.1. As fases da história externa de Roma

A história externa de Roma inicia-se pelo período da Realeza, dali vai para a República, passando, então, ao Principado e, por fim, ao Dominato. Vejamos.

---

[139] VALLADÃO, Haroldo. Historia do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 58.

[140] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1.

[141] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 28.

[142] VALLADÃO, Haroldo. Historia do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 38.

[143] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 28.

5.1.1. A Realeza

5.1.1.1. A fundação de Roma e o surgimento da Realeza

Há dúvidas quanto a saber quais os povos que teriam fundado Roma. Teriam sido as populações do Lácio ou os etruscos? Fato é que são lendárias as origens de Roma. Inclusive, segundo parte da doutrina[144], os sete reis (Rômulo, Numa Pompílio, Tulio Hostílio, Anco Márcio, Tarquínio (ou Tarquino), *o Prisco*, Sérvio Túlio, e Tarquínio, *o Soberbo*) sequer teriam sido personagens históricas, mas *lendas*. Os três últimos - Tarquínio, *o Prisco*, Sérvio Túlio e Tarquínio, *o Soberbo* – seriam, porém, de origem etrusca, o que, segundo José Carlos Moreira Alves[145], demonstra, no mínimo, a existência de uma fase, nos primórdios de Roma, em que esta teria sido subjugada pelos etruscos, nação altamente civilizada para a época, que exerceu grande influência sobre os romanos primitivos.

A história tradicional, é verdade, assenta a primitiva constituição cidadã sobre a *realeza indígena* de Rômulo, que foi o fundador da cidade e que era um latino, nascido da estirpe dos reis albanos[146]. Latinos também foram os três reis que o sucederam: Numa Pompílio, Tulio Hostílio e Anco Márcio. Rômulo, além de fundar a cidade, deu-lhe os dois órgãos que, juntamente com a realeza, integravam a constituição: o Senado e o Comício.

Rômulo e seus sucessores - como mais tarde também viriam fazer os magistrados republicanos – haviam governado submetendo à aprovação dos comícios as proposições de leis e seguindo com fidelidade a opinião do Senado. Com a morte do rei Anco Márcio, Tarquínio, de família etrusca nobre, nomeado pelo falecido rei tutor dos seus filhos impúberes, reteve arbitrariamente o poder real e, com essa abusiva autoridade, reorganizou a cidade sobre bases novas. A realeza, assim, passou a adotar os atributos

---

[144] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 7.

[145] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 7.

[146] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 18.

exteriores do poder, tais como o assento curul, o manto de púrpura e os *lictores*[147], exercendo despoticamente o governo ao não convocar o comício e nem seguir o parecer do Senado[148].

Servio Túlio, posteriormente, viria personificar o restabelecimento da monarquia indígena com o retorno das ideias antigas e com um conjunto de reformas extraordinariamente populares. Um horrível delito, porém, elevaria, depois, o segundo Tarquínio, *o Soberbo*, a quem a história consagra como um tirano[149]. Uma conspiração tramada pelos familiares da vítima, sob a direção de Junio Bruto (ou Brutus), a que o povo aderiu apaixonadamente, expulsaria, então, Tarquínio de Roma, surgindo, assim, a República. Bruto e os magistrados que o sucederam defenderam a República contra todas as tentativas de restauração da dinastia tarquínia, conservando vivo um ódio pelo nome real, sinônimo de opróbio e de dominação estrangeira[150]. Os atributos da realeza e da autoridade, conservados na época republicana pelas magistraturas superiores, foram, porém, reconhecidos pelos mesmos romanos como de origem não latina, o que, segundo Vicente Arangio-Ruiz[151], significa que o conceito de *imperium*, fundamento do direito constitucional romano, deve-se à Etruria.

Essa mesma tradição histórica, explica Arangio-Ruiz, apesar de ter sido *maquiada* para eliminar o que havia sido a odiosa dominação estrangeira, teria conservado outras lembranças do poder etrusco. Veja-se, por exemplo, que a denominação dos cidadãos romanos, integrada pelo nome próprio (*praenomen*) e do nome gentilício (*nomen*) – o sobrenome (*cognomen*) é de origem posterior -, é encontrada também nas inscrições etruscas, enquanto os mais antigos documentos epigráficos latinos, tal

---

[147] Os lictores eram uma espécie de servidor público que serviam de guarda-costas para os magistrados que dispunham de *imperium*.

[148] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 18-19.

[149] Tarquínio teria degolado Sérvio Túlio, de quem era genro.

[150] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 19.

[151] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 19.

qual a chamada *fíbula Praenestina*, apresentam nomes pessoais simples, a exemplo dos gregos. De resto, o nome mesmo dos Tarquínios existia também, enlaçado precisamente com os romanos, na tradição das cidades etruscas. Assim, por exemplo, é que um sepulcro descoberto perto de Volci contém um afresco representando uma batalha no qual figuram algumas inscrições para dar os nomes dos personagens principais que nela intervieram e entre os quais se encontra um *Cneve Tarxu Rumax*, *Cn. Tarquinius Romanus*.

Portanto, embora a tradição se incline pela ideia de que os etruscos teriam dominado algum tempo uma cidade latina preexistente – no caso, Roma -, autores como Arangio-Ruiz[152] inclinam-se pela hipótese de que, de fato, Roma foi por eles fundada. É que os etruscos, segundo o que demonstra o material antropológico conhecido, foram o povo que introduziu na Itália a cidade-estado, enquanto as estirpes italianas (úmbrios, sabelios, latinos) permaneceram, durante mais tempo, na fase de aldeias (*pagi*) confederadas. É sabido que, depois de terem fundado a primeira cidade na moderna Toscana, os etruscos estenderam seu domínio e a organização cidadã para o norte, onde fundaram Felsina (Bolonha), Melpo (Milão) e Mantua, e para o sul, fundando Fidenes, Capua e Nola. Nessa expansão, que, segundo os arqueólogos, teve lugar nos séculos VIII ou VII a. C., pode-se muito bem situar a fundação de Roma, ocorrida por volta de 754 ou 753 a. C.

Quando da fundação de Roma, as gentes que habitavam o território romano criaram um centro comum de defesa no monte Paladino (ou *Palatino*, *Palatium*) cercado de muralhas[153]. Surgiu, então, a necessidade de

[152] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 19-20.

[153] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 36. A cidade limitou-se ao perímetro chamado *Septimontium*. Desses sete montes – que não se confundem com as sete colinas que ocupavam uma extensão muito maior – os topos centrais eram os três do Palatino (*Palatium*, *Cermalus* e *Velia*). Segundo a opinião dominante, a estes se uniram os três do Esquilino (*Cispius*, *Oppius* e *Fagutal*) e o *Celio*, achando-se compreendido nesse perímetro um vale entre o Cispio, o Opio e a Velia, chamado *Succusa* ou *Subura*. O Quirinal era qualificado de *collis* e habitado pelos Sabinos. A união do Quirinal com a cidade dos sete montes, patenteada com a construção da *via Sacra*, foi posterior à conquista etrusca e talvez a própria monarquia, ainda que a tradição possa querer situar o pacto de aliança nas origens da cidade ao criar o mito do *rapto das Sabinas*, e o suposto reino dividido entre Rômulo e o rei dos sabinos, Tito Tacio. ARANGIO-RUIZ, Vicente.

escolher um dirigente dentre os chefes dessas gentes. Daí o surgimento do *rex*. Essa federação de gentes teve lugar, como dito, por volta do ano 754 a. C., ocorrendo posterior inclusão de outras cidades vizinhas. De início semelhante ao da *gens*, o poder do *rex* tornou-se político e de direito público. Veja-se que a função do chefe da *gens* era política e familiar. A *civitas* irá, então, exercer profunda transformação na vida pública e privada. Daí o enfraquecimento da *gens* em benefício da *civitas*[154].

5.1.1.2. A constituição política da Realeza

Rei, Senado e comícios. Essa é a constituição política no período da Realeza.

5.1.1.2.1. O *rex*

O *rex* (rei) era o magistrado único, vitalício e irresponsável. O sucessor do *rex*, quando não indicado pelo antecessor, era escolhido pelo *interrex*, senador que, designado pelo Senado, governava na vacância do cargo real. O *rex* era o chefe do Estado e tinha o comando supremo do exército; tinha o poder de polícia, as funções de juiz e de sacerdote, dispondo de amplos poderes de administração, do tesouro e das terras públicas; declarava guerra e celebrava a paz[155].

Havia também, como dito, o *interrex*, um senador designado pelo Senado que, na vacância do cargo real, governava temporariamente, por

---

Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 21-22.

[154] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 36. *Civis*, para os romanos, é o ser humano livre. Em latim, a palavra *civis* gerou *civitas*, cidadania, cidade, Estado. *Civitas* carrega a noção de liberdade em seu centro. Para os gregos, havia, primeiro, a *polis*, a cidade, e só depois o cidadão, *polites*. Para os romanos, ao contrário, era o conjunto de cidadãos que formava a coletividade. Para os gregos, havia cidade e Estado, *politeia*. Para os romanos, a cidadania, *civitas*, englobava cidade e Estado. FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 49-79.

[155] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 8.

cinco dias, passando o poder a outro senador, e assim por diante até que se escolhesse o rei.

Segundo Vicente Arangio-Ruiz[156], o mais duvidoso a respeito da monarquia é o modo com que os reis eram nomeados. Na tradição podem ser vistos dois modos distintos. Um deles é o da sucessão hereditária, manifestada no caso da dinastia dos Tarquinos e mesmo com a suposta tutela confiada, por Anco Marcio, sobre seus filhos e sobre o reino, ao primeiro Tarquínio. O outro modo é o da designação pelo predecessor comunicada solenemente ao povo, que investia do poder o novo monarca (*lex curiata de imperio*). Para Arangio-Ruiz, o membro mais destacado e influente da família do falecido rei apresentava-se, então, à investidura popular.

5.1.1.2.2. O Senado

O Senado é o conselho do rei. Possivelmente, a escolha dos membros do senado, os *senatores* ou *patres*, fazia-se, pelo rei, entre os chefes das diferentes gentes. Tinham os senadores competência consultiva, pois nos casos importantes o rei os consultava, e competência confirmatória com relação aos chamados comícios, cujas deliberações deviam passar pelo Senado para confirmá-las[157].

5.1.1.2.3. Os comícios

Na fase da Realeza havia os chamados *comícios por cúrias*: assembleias convocadas pelo rei, pelo *interrex* ou pelo *tribunus celerum* (auxiliar do rei que comandava a cavalaria)[158]. Essas assembleias reuniam-se no

---

[156] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 29-30.

[157] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 9.

[158] O comício curial remonta à época régia. As cúrias, associações sacras funcionando como unidades de voto, eram trinta, e as tribos nobres ou étnicas dos *Tities*, *Ramnes* e *Luceres* contavam com dez cada uma delas. Segundo Mario Bretone, é duvidoso que a elas pertencessem os plebeus. O comício curial tomava parte na *inauguratio* do rei. Na época da República reunia-se (pelo menos simbolicamente, por meio dos lictores que representavam as cúrias) para a *lex de imperio*, com a qual os magistrados uma vez eleitos recebiam o reconhecimento formal do seu poder; ou desempenhava, sob a presidência do pontífice máximo, um papel relevante no âmbito do direito sacro. BRETONE,

comitium, ao pé do Capitólio. Tais comícios não deliberavam; apenas aprovavam ou rejeitavam as propostas de quem os presidia. Tinham lugar quando, em casos concretos, se pretendia modificar a ordem legal da *civitas*, tais como na alteração do quadro das famílias (ad-rogações), na derrogação da ordem legal da sucessão (testamento *calatis comitiis*), na dispensa da pena em benefício do condenado (*provocatio ad populum*) ou na declaração de guerra ou no rompimento de tratado. No que diz com as questões religiosas, por sua vez, o povo não era ouvido. Apenas era convocado para tomar conhecimento daquilo que lhes interessava. Tais assembleias eram as *comitia calata*[159].

5.1.1.3. A organização do povo

O povo era dividido em tribos; e as tribos, em cúrias. Cada tribo era composta por dez cúrias. Formavam a população de Roma a *gens*, a clientela e a plebe.

5.1.1.3.1. A família romana, a *gens* e o desenvolvimento do patriciado

A família romana é do tipo patriarcal. O conjunto de pessoas está sujeito ao poder de um chefe, o *paterfamilias*. O poder do *paterfamilias* é absoluto e vitalício. Ele é o magistrado doméstico, sacerdote e juiz. Onde o *paterfamilias* exerce o poder, ou seja, na vida interior da família, o Estado não intervém[160].

A família é anterior à formação da *civitas*. É um grupo fechado que defende a vida de seus membros. Ao morrer o *paterfamilias*, a família se desmembrava em tantas famílias quantos fossem os *filiifamilias*.

Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 42.

[159] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 11-12.

[160] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 35.

Aqueles que descendiam do mesmo chefe constituíam a *gens*. Os membros da *gens* deviam ter o mesmo nome gentilício e os mesmos cultos. A *gens* reconhece um chefe próprio – *pater* ou *magister gentis* -, tem sua organização, o seu território – *pagus* -, os seus costumes e institutos, as suas assembleias próprias – *conciones* -, as suas leis – *decreta gentis* – e seus ritos próprios.

Para poder fazer parte da *gens* era necessário ser um *ingênuo*, que significa nunca ter sido escravo. Somente as famílias patrícias podiam formar *gentes*; os plebeus formavam as *stirpes*. A *gens* era uma extensão da família, concebida para que seus membros melhor se defendessem. A *gens*, pois, é anterior à *civitas*[161]. E é em razão dessa finalidade de proteção contra os inimigos externos e de manutenção da ordem que a *gens* era um organismo político[162].

Os membros da *gens* eram chamados de *gentiles*. Quando surgiu o Estado romano, a *civitas*, esses *gentiles* das diversas gentes formaram, então, o *patriciado*. Na Realeza, somente os patrícios gozavam de todos os direitos civis e políticos. Os patrícios, portanto, agrupavam-se em grandes famílias, conhecidas como *gentes*. E essas gentes eram unidas pela convicção de descender de antepassados comuns.

Os patrícios formavam uma oligarquia de proprietários rurais, mantinham o monopólio dos cargos públicos e dos religiosos. Eram *cidadãos* de pleno direito, os únicos. Aliás, reconhecia-se como cidadão todo o homem que participava do *culto* da cidade, e dessa participação é que provinham todos os seus direitos civis e políticos. Renunciando ao culto, renunciava aos direitos. Cidadão, portanto, aqui, é o homem que segue a *religião da cidade*, que honra os mesmos deuses da cidade; aquele que tem o direito de se aproximar dos altares, podendo penetrar no recinto sagrado onde se realizam as assembleias, assistindo às festas, acompanhando as procissões, participando dos banquetes sagrados etc. Ser admitido como

---

[161] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 35-36.

[162] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 9.

cidadão significa *entrar na partilha das coisas sagradas*[163]. Para os romanos, o *status civitatis*, então, é a dependência de um indivíduo a uma comunidade juridicamente organizada. Os *habitantes livres* de Roma eram cidadãos[164].

Os patrícios também tinham grande poder militar. O restante da população romana era formado por subalternos excluídos da cidadania. Estes, pouco a pouco, foram adquirindo nome próprio: o povo, *populus*. A família patrícia formava uma unidade econômica, social e religiosa. Era encabeçada pelo pai de família (*pater familias*), dotado de autoridade moral (*auctoritas*) e poder discricionário (*imperium*) sobre os demais membros da família: esposa, filhos e escravos. Cada família patrícia podia ter *clientes*, que eram agregados que atuavam como força auxiliar dos aristocratas, tanto na paz como na guerra. Os patrícios eram chamados de *homens bons* e eram os únicos que podiam usar sinais de distinção social, tais como o anel de ouro, uma faixa púrpura na túnica e a capa curta adotada pelos cavaleiros[165].

5.1.1.3.2. A clientela

A clientela era um tipo de vassalagem. Integravam a clientela aqueles indivíduos ou famílias que eram reduzidos, ou se sujeitavam espontaneamente, à dependência de uma *gens*, caso dos estrangeiros vencidos na guerra, dos estrangeiros emigrados e dos escravos libertados que ficavam vinculados à *gens* do seu antigo dono. A *gens* lhes dava proteção. Os clientes obedeciam aos *gentiles* e por estes eram protegidos[166]. É importante

---

[163] FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 155.

[164] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 105.

[165] FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 49-79.

[166] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 10. Os clientes eram aqueles que obedeciam a um patrício, mantendo relação de fidelidade ao patrono, a quem deviam serviços e apoios diversos, e de quem recebiam terra e proteção. Clientes podiam ganhar independência e passar a integrar a plebe, e vice-versa. FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 49-79.

distinguir os clientes dos escravos. Os clientes, como dito, eram agregados que as famílias patrícias podiam ter para lhes auxiliar. Prestavam serviços aos patrícios e recebiam terra e proteção. Os escravos, até o século III a. C., eram basicamente domésticos. Integravam o conjunto de propriedade do patriarca e faziam parte da família. A pobreza de camponeses e trabalhadores urbanos levava-os à escravidão[167].

5.1.1.3.3. A plebe

Consoante a advertência de Vicente Arangio-Ruiz[168], não se deve acreditar na hipótese de ter sido a cidade de Roma fundada numa zona despovoada. É que sobre o Esquilino e o Palatino acham-se restos de primitivas aldeias. Parece certo, então, que os originários habitantes de tais *pagi* eram latinos. Subjugados pelo povo invasor, esses habitantes originários provavelmente constituíram uma classe numerosa e politicamente submetida a que se chamou *plebe*. Os plebeus, portanto, formavam um mundo à parte em Roma: habitavam o solo romano, mas não integravam a cidade; tinham domicílio, mas não tinham pátria; não possuíam direitos civis e nem políticos[169]. Dentre os indivíduos que compunham a plebe encontrar-se-ão, possivelmente, os vencidos nas guerras, que ficavam, então, sob a proteção do Estado. Também os estrangeiros protegidos pelo Estado. Em resumo, a plebe era formada pelos que, por serem estrangeiros, ou por serem de famílias sem culto doméstico, ficavam à margem do ordenamento jurídico baseado na religião dos lares ou antepassados[170].

---

[167] FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 49-79.

[168] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 20-21.

[169] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 10.

[170] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 35. *Plebe*, portanto, era o termo usado para englobar todos os cidadãos romanos sem os mesmos direitos dos oligarcas. Na sua base estavam os camponeses livres de poucas posses, aos quais se juntaram os artesãos urbanos e os comerciantes. A plebe também incluía descendentes de estrangeiros residentes em Roma, ao que se sabe. FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 49-79.

5.1.1.4. Fontes do direito na Realeza

O costume foi fonte do direito na Realeza. Também havia leis, do que são exemplo as *leis régias*[171]. Essas leis, porém, eram regras costumeiras de caráter religioso, não havendo, segundo consta, direito escrito antes da Lei das XII Tábuas.

Quanto à *Iurisprudentia*, enquanto ciência do direito, nos tempos primitivos era monopolizada pelos pontífices, que conheciam os dias em que era permitido comparecer em juízo, as fórmulas com se celebravam os contratos ou com que se intentavam as ações judiciais. A tradição atribui a Papírio a compilação das chamadas *leis régias*[172].

5.1.2. A República

Não se sabe se a Realeza terminou abruptamente – uma revolução teria banido Tarquínio, *o Soberbo*, de Roma em 510 a. C. – ou se a passagem da realeza para a República deu-se lentamente, num processo desenvolvido entre os anos 510 e 367 a. C[173].

Se a primeira hipótese, a do término abrupto da realeza, for a correta, ao rei sucederam dois magistrados: *iudices* (juízes), nos tempos de paz, e *praetores* (*os que vão à frente*), nos tempos de guerra. Se a segunda hipótese for a correta, ou seja, se a república substituiu lentamente a realeza, a substituição do rei ter-se-ia dado, então, pelo *ditador anual*, auxiliado pelo comandante da cavalaria, o *magister equitum*. Ambos se transformaram em *praetor maximus* e *praetor minor*, com hierarquias distintas. Por fim, teriam surgido, então, os cônsules com iguais poderes.

---

[171] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 12.

[172] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 12.

[173] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 13. O grande crítico dessa interrupção abrupta da Realeza, por diversos motivos, é Vicente Arangio-Ruiz. Consulte-se: ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 33-34.

Na República, os cônsules são os magistrados únicos; têm atribuições militares, administrativas e judiciárias. Eles comandam o exército, cuidam da segurança pública, do bem público; gerenciam o erário, administram a justiça criminal etc. Com o desenvolvimento do Estado romano, e com a luta da plebe para ingressar na magistratura, é que irão surgir outras magistraturas com atribuições retiradas do consulado.

Em 501 a. C. criou-se a chamada *ditadura*, passando a ser possível ao patriciado, por deliberação do senado, restabelecer em Roma, por prazo máximo de seis meses, o poder absoluto. A plebe não tinha acesso à magistratura; acabou se revoltando e, após tentar fundar, no monte Sagrado, fora de Roma, uma cidade nova, conseguiu que o patriciado transigisse, obtendo, então, a criação de duas magistraturas plebeias, retornando, assim, para Roma. Essas duas magistraturas são o *tribunato* e a *edilidade*. Isso possibilitou aos plebeus ficarem garantidos contra a arbitrariedade dos magistrados patrícios. A lei sagrada tornou invioláveis os tribunos e estes passaram a poder vetar atos dos magistrados patrícios.

A luta dos plebeus, porém, não parou por aí. Obter leis escritas, a fim de acabar com a incerteza do direito e lhes dar maior segurança, também foi o objetivo dos plebeus. É daí que surge a Lei das XII Tábuas, elaborada por volta de 450 a 449 a. C[174]. Logo em seguida, surgem os censores, com atribuição, dentre outras, de recensear a população, distribuí-la pelas tribos e avaliar a riqueza do *pater familiae*; e, em 367 a. C., com a *Lei Licinia de magistratibus*, o maior anseio dos plebeus realiza-se: poder ser cônsul[175].

É possível que os patrícios, querendo enfraquecer o consulado que seria compartilhado com os plebeus, tenham provocado a criação de mais

---

[174] Em meados do século V a. C. foi publicada a Lei das XII Tábuas. Mesmo prevendo grande poder aos patriarcas, essa lei estabeleceu o princípio da lei escrita, o que representou um grande avanço, pois o direito consuetudinário, baseado na tradição, gerava grande insegurança e, em caso de divergência, quem tinha sempre a palavra final eram os patrícios. Ora, com a publicação da lei, todos podiam, agora, recorrer a um texto conhecido para reclamar direitos sem depender da boa vontade dos poderosos. Com isso, institui-se também a classificação das pessoas pelas posses, o que veio beneficiar os plebeus ricos, cuja importância social começou a ser reconhecida. FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 49-79.

[175] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 14-15.

duas magistraturas cujo acesso era somente a eles reservado. Essas duas magistraturas são a *pretura* e a *edilidade curul*.

Primeiramente, havia o pretor encarregado da administração da justiça e, depois, em 241 a. C., o pretor peregrino, denominado pretor urbano, com competência para dirimir conflitos entre romanos e estrangeiros, ou apenas entre estrangeiros.

Os edis curuis, por sua vez, foram encarregados da polícia dos mercados e das ações penais correlatas; também lhes competia a jurisdição civil contenciosa com relação àquelas questões[176].

A plebe, após conseguir o consulado, seguiu buscando a total equiparação política com os patrícios. E assim foi obtendo acesso às demais magistraturas: em 364 a. C., aproximadamente, à edilidade curul; em 356 a. C., à ditadura; em 351 a. C., à censura; e, por fim, em 337 a. C., à pretura[177].

A partir da igualdade política obtida no terceiro século a. C., despareceu, então, a distinção social entre plebeus e patrícios, surgindo, assim, uma nova aristocracia: a *nobilitas*. A esta pertencem as famílias que contam, entre seus antepassados, com membros que ocuparam magistratura curul.

5.1.2.1. Algumas características da magistratura na República

Os magistrados eram eleitos anualmente, regra geral. Os censores eram eleitos de cinco em cinco anos. As magistraturas eram constituídas de forma colegiada, constituídas de mais de um membro, portanto. Qualquer membro poderia paralisar ato de outro membro pela *intercessio* (veto)[178].

Os magistrados sequer recebiam proventos. Tinham inviolabilidade apenas no exercício do cargo. Seus poderes, em síntese, eram a *potestas* e

---

[176] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 15.

[177] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 15.

[178] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 15.

o *imperium*. Segundo Vicente Arangio-Ruiz[179], a *potestas*, numa significação mais ampla e mais antiga, é a faculdade de disposição atribuída juridicamente a alguém sobre outras pessoas e as eventuais aquisições destas pessoas. Em Direito Público, no entanto, é a competência de expressar com sua própria vontade a vontade do Estado, gerando para este direitos e obrigações.

O *imperium*, por sua vez, é a supremacia do Estado que se personifica no magistrado e exige, de todo cidadão ou súdito, a devida obediência, e cuja supremacia somente pode ver-se limitada pelos direitos essenciais do cidadão ou por aquelas garantias individuais concedidas por uma *lex publica*.

O poder de *imperium* compreende o mando do exército, o poder de recrutar as tropas, o direito de apresentar propostas aos comícios, a faculdade de deter e castigar o cidadão culpado (coerção) e a administração da justiça nos assuntos privados. O *imperium*, primitivamente, é o poder dos magistrados supremos da cidade. Quando as magistraturas se multiplicam, fica reservado às magistraturas investidas de tais poderes[180].

O nome de *iurisdictio*, que, inicialmente, expressava o exercício do *imperium* enquanto administração da justiça, com o passar do tempo foi-se restringindo cada vez mais até chegar a indicar somente aquelas funções tuteladoras dos direitos dos particulares que se achavam rigidamente determinadas pelo costume ou pela lei. De *imperium*, por sua vez, se preferia falar daqueles casos em que o poder do magistrado seguia sendo amplamente discricionário. Nesse sentido, o *praetor minor* ou *urbanus*, único magistrado judicial desde o ano 367, exercia também um *imperium* que é qualificado de *minus* em relação com o *imperium maius*, próprio dos cônsules[181].

---

[179] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 39.

[180] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 39.

[181] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 39-40.

É de se notar que, na época arcaica, e até o século III a. C., a jurisdição magistratural ou pretoriana era orientada pelos critérios formalistas dominantes em todos os campos do direito. Esses critérios, então, começam a sofrer um lento declínio. A práxis, além de *corroer* a velha organização, acaba *criando* uma nova, como explica Mario Bretone[182]: ao pretor urbano e peregrino é confiada uma *função normativa*. Isso, num certo sentido, fazia com que o pretor agisse como um legislador. E aí está a dificuldade enxergada por Bretone. A *iurisdictio*, no seu aspecto dinâmico mais relevante, é a atividade que determina o direito a aplicar na decisão de uma controvérsia, sobre a qual o juiz pronunciará a sentença. De que modo, então, o titular da *iurisdictio* estaria também em condições de produzir um conjunto de normas abstratas, ou seja, o *direito honorário* ou *pretoriano*?

Pois bem. Qualquer magistrado romano tinha a faculdade de promulgar editos (ou éditos), que eram disposições, proclamações ou anúncios de conteúdo variado, de diferente intensidade e duração reguladora. Essa faculdade tinham-na os cônsules, que a aplicavam no exercício do poder militar e civil, para convocar os comícios e reunir o senado, para ordenar o recrutamento ou em outras ocasiões. Também o pretor urbano era investido de um *ius dicendi*, e com ele o pretor peregrino. Eram por ele investidos os edis curuis, que tinham competência nos litígios de mercado, os governadores de províncias e os seus questores. O edito do pretor urbano, porém, foi o que teve um valor paradigmático. No início do seu ano de cargo, o pretor estabelecia os critérios da sua jurisdição, prefigurando, então, as diversas hipóteses em que nomearia um juiz àqueles que fossem dirigir-se a ele como partes de uma controvérsia judiciária, e listando os meios de tutela que se propunha aplicar no curso do seu trabalho[183]. Aqui, uma breve parada deve ser feita a fim de esclarecer o leitor acerca do procedimento do pretor ao nomear um juiz para as partes, considerando que,

[182] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 106.

[183] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 106.

atualmente, o processo judicial, dito *de conhecimento*, se desenvolve em uma fase apenas, o que não acontecia no processo romano clássico. Como se sabe, três grandes períodos caracterizam o processo romano: a fase das ações da lei – *legis actiones* -, o período *per formulas* – processo formulário – e a fase da *cognitio extra ordinem*. Não há, é verdade, termos bem definidos com relação ao início e ao fim de cada uma das fases. Muitas delas prolongam-se por mais tempo, entrelaçam-se com as outras, sofrem avanços e retrocessos, não sendo incomum a concomitância de uma e outra ao longo da história. Nos primórdios da vida jurídica em Roma, havia, porém, um predomínio do simbolismo e das fórmulas sacramentais. Isso fica muito patente no processo romano, em especial nos períodos das *legis actiones* e *formulário*. A fase das ações da lei compreende o período que vai, aproximadamente, de 754 a. C. a 149 a. C. Nesse período, em Roma, não havia um Judiciário organizado; distribuir justiça era atividade administrativa. O processo tinha um caráter místico e religioso. A autoridade judiciária confundia-se com o sacerdote, imperando ritos, juramentos e sacrifícios. Adotavam-se critérios religiosos - a autoridade judiciária ficava adstrita a critérios religiosos[184] -, havendo, assim, um formalismo exacerbado. Exemplo dessa formalidade é o caso conhecido da ação relativa ao corte de árvores. Alguém buscou encontrar uma ação na provisão das XII Tábuas com respeito ao corte de *arbores*. Ao formular a pretensão, falou, no entanto, em *vites* (vinhas). Embora nas XII Tábuas esta última expressão fosse compreendida sob a palavra *arbores*, o autor perdeu a demanda porque não formulou as palavras certas, ou seja, usou palavra diferente da que constava na lei[185].

Os romanos, nessa época, não nominavam o direito como *direito subjetivo*. Essa expressão, como se sabe, aparecerá com a modernidade. Para

---

[184] TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 40-93. Também: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23-28; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16-24.

[185] MARTINS JÚNIOR, J. I. Obras reunidas II. História do Direito Nacional. 4. ed. Prefácio de Antiógenes Chaves. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 24-25; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16-24.

os romanos, a relação entre o que mais tarde passou a se chamar de direito subjetivo material e a ação judiciária (*actio*) era a mesma coisa. Os romanos não diziam *eu tenho um direito*; diziam, simplesmente, *eu tenho uma actio*. As ações da lei eram escassas e marcadas pela tipicidade; originavam-se de textos legais, dos quais o mais famoso é a Lei das XII Tábuas. As ações eram imutáveis como as leis. Vem dessa época o conceito primitivo de ação: a *actio* é um direito de perseguir aquilo que é devido[186]. Por sua vez, o processo - e aí se começa a explicar o porquê do procedimento pretoriano anteriormente descrito no sentido de nomear um juiz para as partes - desenvolvia-se em duas etapas: *in iure* (diante do pretor) e *apud iudicem* (perante o juiz). O pretor tinha a *iurisdictio*[187]; era quem fixava os termos da controvérsia, remetendo, em seguida, os contendores para o *iudex privatus*[188], que a decidiria, podendo inclusive pronunciar o *non liquet*[189].

O período formulário, por sua vez, vai de 149 a. C. a 209 d. C., aproximadamente. Neste período, o pretor remetia os contedores, providos de uma fórmula, ao *iudex privatus*, que iria decidir o litígio. Nesta fase,

---

[186] TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 40-93. Também: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23-28; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16-24.

[187] O pretor pronunciava as palavras *do*, *dicco* e *addico*, isto é, admitia a demanda (*do*), dizia qual o direito aplicável (*dicco*) e aprovava o compromisso das partes que deveriam comparecer perante o *iudex* (*addico*).

[188] O *iudex* não era um órgão estatal, mas um cidadão atuando como instrumento das partes. Podia ser escolhido pela vontade das partes, por indicação do pretor ou por sorteio. O devedor condenado tinha trinta dias para cumprir a obrigação. Se não cumprisse, o credor instaurava perante o magistrado um *manus iniectio* a fim de fazer com que cumprisse. Se o devedor não ofertasse um *vindex*, o magistrado pronunciava a palavra *addico* e autorizava o credor inclusive a exercer seu direito sobre a pessoa ou bens do devedor. Assim, por exemplo, o credor poderia colocar à venda o devedor, poderia matá-lo ou vendê-lo como escravo aos etruscos, poderia esquartejá-lo – no caso de concurso de credores -, etc.

[189] Para que se possa bem compreender o que se está dizendo, é necessário que o leitor tenha conhecimento de que o processo opera por meio do procedimento. Devemos ter em mente o fato de que o processo, por ser um *caminhar para frente*, nasce, desenvolve-se e, por fim, encerra-se. Pense-se no processo biológico: o homem nasce, cresce e morre. Assim também é o processo civil. Há um procedimento – exteriorização do processo - que se desenvolve rumo ao seu fim. Inicia-se quando alguém vai a juízo buscar algo que entende lhe ser devido por determinada pessoa; esta, tomando ciência do que pede aquele, comparece em juízo para defender-se. Surge, então, a oportunidade para provar o que alegam. Concluídas as provas, o juiz decide acerca de com quem está a razão, atendendo ou não aquilo que foi pedido. Em Roma, na fase das ações da lei, havia um juiz privado, que daria ou não a *actio*. Antes, porém, de os interessados comparecerem perante o juiz – que decidiria o conflito -, tinham de comparecer perante o pretor que diria qual o direito aplicável ao caso. *Iurisdictio* significa, portanto, dizer o direito. O *non liquet* significa que, se o juiz ficasse em dúvida acerca de quem tinha razão, poderia até mesmo deixar de julgar alegando que nada entendeu da causa.

abandona-se a forma; o magistrado (pretor) assume a função de *indicar* e *formular o direito* a ser aplicado pelo *iudex*. A fórmula era um documento redigido pelo pretor com o auxílio das partes onde se fixava o objeto da demanda que deveria ser julgada pelo *iudex*. A composição da fórmula seria a seguinte: *Intentio* – encerrava a pretensão (... se parecer que Tício deve pagar 10.000 sestércios a Caio...) -; *Demonstratio* (... uma vez que Caio vendeu um escravo a Tício...) e *Condemnatio* (... juiz, condenai Tício...)[190].

A última fase, a da *cognitio extra ordinem*, tem início, então, em 209 d. C. e vai até 468 d. C. Nesta fase o processo romano perde o caráter privado e assume natureza pública inerente à função estatal de administrar a justiça. Suprime-se, então, a divisão do processo em duas fases distintas. Com a queda do império romano do ocidente em 476 d. C.[191], a *cognitio extra ordinem* tem um retrocesso diante das invasões bárbaras (século das trevas) e, na Idade Média, o sistema é retomado nas penínsulas itálica e ibérica.

Era no edito, portanto, que as fórmulas processuais – no período formulário, como se viu em linhas anteriores, o pretor remetia as partes, providas da fórmula, ao juiz -, exceções e outros remédios encontravam o seu lugar. O pretor, então, comunicava oralmente o edito ao povo, indicando as suas grandes linhas ou as partes novas. A publicação por escrito do programa edital acontecia no Fórum sobre tábuas de madeira envelhecida, o *album*, e em caracteres negros e vermelhos, a fim de que se pudesse lê-lo fácil e corretamente. Assim, explica Mario Bretone[192], quem quer que quisesse intentar uma ação judiciária, podia conduzir a ela o intimado e lhe mostrar a fórmula que teria requerido contra ele. Uma vez publicado,

---

[190] TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 40-93. Também: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23-28; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16-24.

[191] A idade média vai de 476 d. C. a 1.453 d. C. Inicia-se com a queda do império romano do ocidente e termina com a tomada de Constantinopla pelos turcos.

[192] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 107.

contudo, não era certo que o edito encontrasse realmente aplicação, pois, antes de mais, o magistrado podia não conceder o julgamento previsto ou outro meio protetor, com base no exame das circunstâncias; ou podia conceder, com um decreto, a sua tutela em situações não disciplinadas do edito. Apesar de não se apresentar como um *todo sistemático*, o edito, em especial nos últimos dois séculos da República e, em alguns casos, também depois, foi um instrumento de produção normativa muito eficaz, distinguindo-se nele cinco setores nos quais a matéria era distribuída: introdução do litígio e seu desenvolvimento perante o magistrado, a jurisdição ordinária, os meios urgentes de tutela jurídica, a execução da sentença e o processo de falência contra os devedores insolventes, e, enfim, os interditos, as exceções processuais e as estipulações pretorianas[193].

Como a duração do edito era anual, como anual era o cargo de pretor, cessado o cargo, o edito perdia formalmente qualquer eficácia, sendo substituído, então, pelo edito do pretor seguinte. Todos os anos, portanto, havia um novo edito; as normas pretorianas, porém, passavam frequentemente de um edito para outro, durando, assim, muito mais tempo que o texto em que eram escritas. Daí revelar o edito um dinamismo, o *jogo alterno de conservação e inovação*[194].

A *censura* também aparece no período da República. Segundo a tradição, o ano de criação da censura teria sido 443 a. C. Os nomes que eram dados pelos escritores são, porém, todos duvidosos. O mais provável é que, a partir de 400 a. C., quando era necessário proceder à padronização da população, elegia-se um par de magistrados, sem denominação especial ainda quando unido ao colégio dos *tribuni militum* que, nesse período, eram os magistrados superiores. Dos oito tribunos nomeados, seis exerciam o mando das correspondentes seções das duas legiões e os outros dois permaneciam na cidade para levar a cabo o censo. Os magistrados especiais, com o nome de Censores, somente apareceram na época de que

---

[193] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 108-109.

[194] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 107.

datam as mais importantes instituições da República, começando pelo Consulado. Daí por que todas as censuras posteriores ao ano 365, em sua maioria, serem dignas de fé[195].

Os censores eram eleitos, desde o começo, entre os cidadãos mais anciãos que houvessem desempenhado o consulado. Por isso essa magistratura prontamente foi considerada a mais elevada na categoria moral. Tratava-se, porém, do exercício de uma *potestas sine imperio* que deixava, portanto, submetidos os censores, como qualquer outro cidadão, ao *imperium* dos cônsules. Também não era uma magistratura com continuidade, pois era nomeada tão somente quando era necessário proceder às operações do censo (a cada cinco anos, de ordinário). Uma *lex Aemilia*, por volta de 367 a. C., provavelmente foi a lei que a instituiu como autônoma, fixando duração máxima para tais operações e para o cargo em dezoito meses[196].

5.1.2.2. O Senado como centro do governo

Na República, o verdadeiro centro do governo é o Senado[197]. Os magistrados consultavam o senado e seguiam os seus conselhos em assuntos importantes. O Senado era um órgão permanente, ao contrário da magistratura que era temporária. Assim, ouvindo o Senado e seguindo tais conselhos, quando o magistrado voltasse a ser simples cidadão, ficaria resguardado de possíveis incriminações. O Senado, portanto: tinha a direção da política externa de Roma, atuava na Administração Pública, declarava nulas as leis cuja votação não obedecera às formalidades legais, exercia controle sobre a atuação dos comícios pela confirmação das leis (pela *patrum auctoritas*), verificando se iam ou não contra os costumes, e, inclusive, se era justificada a revogação do costume.

---

[195] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 40.

[196] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 40-41.

[197] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 17.

A partir da Lei *Publilia*, de 339 a. C., o Senado passou a dar a *auctoritas patrum* antes da votação no comício.

A constituição do Senado variou ao longo da República: no início, era formado por 300 senadores; Sila elevou para 600; César, para 900; e Otaviano, Marco Antônio e Lépido, o segundo *triunvirato*,[198] para mais de 1.000.

Antes da Lei *Ouinia*, aproximadamente em 312 a. C., os cônsules designavam os senadores; com a lei, os censores passaram a escolhê-los dentre os que tinham ocupado magistraturas, independentemente de serem patrícios ou plebeus. Tal faculdade foi usurpada dos censores pelo segundo triunvirato[199].

5.1.2.3. As quatro espécies de comícios

São quatro as espécies de comícios na República: comícios por cúrias; comícios por centúrias; comícios por tribos; e os comícios da plebe (*concilia plebis*).

5.1.2.3.1. Comícios por cúrias

Trata-se das *comitia curiata*. Os comícios por cúrias deviam *votar* – o termo *votar* é discutível, como se verá - a chamada *lex curiata de imperio* e apreciar as ad-rogações e testamentos. Em fins do século III a. C., os plebeus viriam a ser admitidos nos comícios por cúrias. Há dúvidas quanto ao modo como se nomeavam os magistrados no século V antes da consolidação da assembleia centuriada como órgão constitucional. Vicente Arangio-Ruiz[200] é da opinião de que a nomeação do general chefe do exército (ou dos exércitos) ocorria por aclamação dos legionários, enquanto

---

[198] O nominado *Primeiro Triunvirato* havia sido uma aliança política, na República, entre Júlio César, Pompeu e Marco Licínio Crasso.

[199] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 17.

[200] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 48-49.

que o advento dos reis, com as funções cada vez mais reduzidas que lhe iam reservando como chefe do Estado, decorria da sucessão hereditária ou da designação pelo predecessor comunicada solenemente ao povo, que investia do poder o novo monarca. Outros estudiosos, segundo Arangio-Ruiz, deduziriam, no entanto, o sistema primitivo de nomeação dos magistrados do instituto vigente desde os últimos anos da República, que é a referida *lex curiata de imperio*. Depois de se celebrar a eleição pelo comício centuriado, as antigas cúrias eram reunidas e conferiam poder aos novos eleitos. Assim, o entendimento é de que semelhante intervenção das cúrias representava a lembrança de um período no qual, ao não existir ainda o comício por centúrias, a eleição dos magistrados correspondia ao comício por cúrias. A função das cúrias, porém, segundo Arangio-Ruiz[201], sempre teria sido igual, ou seja, uma *aclamação*, e não uma votação formal. É que, para o historiador italiano, não faz sentido que se criasse, para o organismo cuja criação fora postergada, uma função nova tão privada de eficácia prática, cuja significação jurídica fosse tão difícil de entender.

As magistraturas republicanas surgiram do tronco mesmo da antiga realeza. Isso se deu mais por exigências repentinas, que apareciam de vez em quando, que em razão de um plano preestabelecido. Os *ditadores* e os *tribuni militum* eram os chefes do exército cidadão. Portanto, razoável que fosse o próprio exército que os elegesse. Por não estar reconhecido o exército como órgão constitucional, precisava-se, então, que sua eleição fosse depois sancionada pela aclamação da única assembleia popular existente então, que é o comício curado. Posteriormente, a organização castrense reproduz-se, tanto com fins eleitorais como legislativos, na nova assembleia centuriada, subsistindo, ainda, a *lex curiata de imperio*, mesmo privada de qualquer valor prático, de acordo com aquela exigência do pensamento jurídico romano segundo a qual as normas consuetudinárias não eram suscetíveis de ab-rogação. Para as magistraturas surgidas depois,

---

[201] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 48-49.

como a Censura, foi também competência dos comícios centuriados o ato da declaração de obediência (*lex curiata de potestate censoria*)[202].

Essa mesma conservação formalista, que se tornou inócua em razão da criação de novos meios jurídicos para conseguir o mesmo resultado por outro caminho, é encontrada noutro campo onde se reconhece uma competência segura aos comícios curiados durante a época monárquica: a *adrogatio*, trânsito de um pai de família sob a autoridade de outro pai, segue sendo função exclusiva das cúrias. O que havia sido sua finalidade principal, ou seja, a nomeação do herdeiro, passa, todavia, a formar o conteúdo de um negócio de Direito privado: a *mancipatio familiae* ou *testamentum per aes el libram*[203].

5.1.2.3.2. Comícios por centúrias

As *comitia centuriata* têm origem controvertida. Ou teriam surgido já nos primórdios da República ou tempos depois da reforma das tribos. Vicente Arangio-Ruiz[204] dá como data aproximada da criação do Comício centuriado o ano de 400 a. C. Segundo a tradição, teria sido rei Sérvio Túlio o criador desse novo tipo de comício popular, mas, segundo Mario Bretone[205], ele foi criado progressivamente. Essa assembleia – a mais importante assembleia do povo romano, o *maximus comitiatus* das XII Tábuas[206] - foi constituída com base no exército, tendo a mesma unidade elementar deste: a centúria. Suas reuniões, em princípio, deveriam ser verdadeiras concentrações militares, não tendo lugar na cidade, mas se

---

[202] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 48.

[203] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 48-49.

[204] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 48.

[205] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 42.

[206] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 42.

celebrando no *Campo de Marte*, que era a praça de armas[207]. Nesse comício intervinham todos os cidadãos militarmente úteis, ou seja, os varões de 17 a 60 anos.

A maioria estabelecia-se pelo cômputo de centúrias, e não mediante o cômputo dos votos individuais. Assim, o distinto número dos cidadãos pertencentes a essas unidades em suas diferentes classes e grupos permitia graduar a importância e peso político de cada voto pessoal, e desse modo os mais ricos prevaleciam sobre os menos afortunados, e os *seniores* (de 46 a 60 anos de idade) sobre os *iuniores* (de 17 a 45 anos)[208].

O sistema dessa organização centuriada é o seguinte: a cavalaria (*equites*) constava de 18 centúrias. Seis delas, cujo nome era *sex suffragia*, gozaram durante um tempo de posição privilegiada.

As centúrias de infantaria (*pedites*), segundo o censo, distribuíam-se em 5 classes. Cada uma tinha igual número de centúrias de *seniores* e *iuniores*. A primeira classe tinha 40 centúrias de *seniores* e 40 de *iuniores* (total de 80); a segunda, terceira e quarta classes, 10 de *seniores* e 10 de *iuniores* cada uma (20 por classe); e a quinta, 15 e 15 (total de 30). O total da centúria de infantes, portanto, era de 170.

Por último, são atribuídas aos inermes 5 centúrias: 2 aos obreiros engenheiros (*fabri tignarii* e *aerarii*); 2 à música (*tubicines* e *cornicines*); e 1 aos *accensi velati*, portadores da bagagem e dos acessórios. Enquanto os *accensi* votavam com a quinta classe, as duas centúrias de engenheiros votavam com a primeira. Eram, portanto, ao total, 193 centúrias.

As centúrias tinham atribuições eleitorais, legislativas e judiciárias. Assim, quanto à atribuição eleitoral, elegiam os magistrados maiores; quanto às legislativas, além das leis em geral, votavam as leis relativas à declaração de guerra, ao restabelecimento da paz e à conclusão de tratados, e a lei de obediência do povo aos censores (*lex de censoria potestate*);

---

[207] O povo votava armado; por isso, os comícios por centúria realizavam-se no Campo de Marte, fora da cidade de Roma.

[208] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 43.

e, quanto às judiciárias, apreciavam o recurso interposto pelo cidadão da sentença de condenação à morte[209].

5.1.2.3.3. Comícios por tribos

Na época da Realeza, o povo era dividido em tribos e cúrias. Cada tribo era composta por 10 cúrias. No princípio, eram três as tribos: Ramnes, Tities e Luceres. Essas três tribos correspondiam ao *Septimontium*. Possivelmente coincidentes com os quarteis ou zonas da cidade e tendo em conta que os habitantes do campo suburbano deviam nelas ser inscritos, todo aumento territorial, necessariamente, devia ser distribuído entre as três. Isso não causava transtorno maior, pois os patrícios com seus clientes habitavam, normalmente, na cidade; e os clientes, mesmo vivendo, de fato, no campo, tinham sua sede nominal e política na de seu patrono. No momento, porém, em que uma grande parte da plebe estabeleceu-se em *fincas* rústicas próprias – com o que, dado o incremento territorial, tais residências distanciaram-se cada vez mais da cidade -, pareceu mais conveniente fazer a distribuição da população tomando por base o domicílio. Por isso surge o novo sistema que distingue entre a cidade e o campo, e divide o território em tribos *urbanas* e *rústicas*[210].

As tribos urbanas foram quatro: Palatina, Suburana, Esquilina e Colina. As três primeiras correspondiam à parte urbana das tribos primitivas; a quarta, com o novo bairro ou zona do Quirinal.

As tribos rústicas – que compreendiam, além das extensões superficiais mais ou menos cultiváveis, as cidades que se iam anexando a Roma – teriam sido, no princípio, dezesseis, cada uma com um nome próprio derivado da gentilidade patrícia que possuía no distrito a maior quantidade de *ager publicus*[211]. Quando a cidade latina de Crustumerium foi

---

[209] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 18.

[210] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 41.

[211] Terras que pertenciam ao Estado e que eram fruto de confisco.

conquistada, criou-se com o seu território e como 21º tribo da série (17ª das rústicas) a Clustumina (450 a. C.). E, ao se apoderar de Veyes (a maior conquista territorial que fizera Roma nos primeiros séculos), criaram-se no ano 387 outras quatro tribos com nomes locais. Com as subsequentes atribuições de terras conquistadas foram-se criando mais duas nos anos 358, 332, 318, 299 e 241, até alcançar o total de 35 tribos. Essa cifra não foi ultrapassada porque os novos territórios – na parte que não se queria deixar em condições de *ager publicus* - foram agregados às trinta e uma tribos rústicas existentes, talvez porque as inscrições de novas famílias plebeias eram menos numerosas e, sobretudo, porque a constituição do Estado se assentava, primordialmente, sobre esse sistema das tribos e era inoportuno alterá-lo[212].

Os cidadãos pertenciam às tribos em razão de seu domicílio. Na concepção romana, porém, somente se considerava domicílio, no território de uma tribo rústica, para aquele que era, nele, proprietário de um pedaço de terra, o que se expressa com a palavra *adsidui*, ou seja, que tem uma sede. Isso é o que distingue os titulares das terras dos chamados *proletarii*, que somente prestam à cidade o serviço de gerar uma prole. Os proletários, desde os artesãos aos vagabundos, incluíam-se nas tribos urbanas, juntamente com aqueles que possuíam uma casa na cidade. Essa é a razão pela qual as tribos urbanas eram mais populosas que as rústicas. Mesmo quando se tentou inserir os proletários nas tribos rústicas, tal projeto sempre encontrou forte resistência por parte dos cidadãos romanos, o nervo econômico e militar do Estado nas suas melhores épocas[213].

É possível que os comícios por tribos tenham surgido a partir das assembleias que a plebe realizava para tratar dos assuntos de seu interesse. É que, a um, a plebe não tinha ingresso nos comícios por cúrias, e, a dois, quando não dispunha de bens, sequer tinha acesso aos comícios por centúrias. Como a plebe foi aumentando e, em termos de população, se

---

[212] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 41-42.

[213] ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia del derecho romano. Traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Segunda edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963, p. 42-43.

tornou preponderante, passou-se, então, a convocar para as assembleias todo o povo, ao invés de tão somente o elemento plebeu[214].

Quais as atribuições dos comícios por tribos? São elas: a) eleitorais: eleger os magistrados menores (edis curuis e questores); b) legislativas: votar as leis em geral, o que era feito também pelos comícios por centúrias, com a diferença de que, a partir de 286 a. C., os comícios por tribos passam a ter preponderância decisiva sobre os comícios por centúrias; c) judiciárias: apreciar, em sede de recurso, a imposição ao cidadão romano de multas de valor superior a 3.020 asses.

Os comícios por tribos eram convocados pelo cônsul, pelo magistrado com poder consular ou pelo pretor. Todo o povo neles votava.

5.1.2.3.4. Comícios da plebe

Nos comícios da plebe (*concilia plebis*) eram apenas os plebeus que votavam, convocados que eram pelos seus magistrados: o tribuno ou edil. Dentre as atribuições dos *concilia plebis* estavam: eleger os tribunos e edis da plebe; votar os plebiscitos, as deliberações da plebe; e apreciar os recursos das multas impostas por magistrados da plebe[215].

5.1.2.4. As fontes do direito na República

São três as fontes do direito na República: o costume, a lei e os editos dos magistrados.

5.1.2.4.1. O costume

O costume, na República, é a fonte preponderante do direito privado. Isso se deve àqueles que, a fim de disciplinar as relações sociais, adaptaram

---

[214] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 19.

[215] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 18.

as normas primitivas transmitidas pela tradição de geração a geração: os jurisconsultos.

5.1.2.4.2. A lei

Dentre as leis de grande importância, cabe fazer referência à Lei *Aebutia*, introdutora do processo formulário na metade do século II a. C., e à *Lei das XII Tábuas*, que lhe é anterior, resultante da luta entre plebeus e patrícios, cujo objetivo era justamente o de acabar com a incerteza do direito por meio da elaboração de um código para colocar freios no arbítrio dos magistrados patrícios frente à plebe.

A Lei das XII Tábuas, portanto, surge de um contexto de lutas, e não de um fato isolado. Ao que se sabe, os patrícios, a fim de fazer os plebeus partícipes da vida da cidade, teriam a estes ofertado a clientela. Os plebeus, assim, seriam dependentes como servos dos patrícios (*cluere* = obedecer) e entrariam, então, na ordem jurídica romana. Muitos plebeus, assim, tornaram-se clientes; outros se uniram ao rei Tarquínio, o que, segundo a versão apresentada por historiadores, como, por exemplo, Cláudio De Cicco[216], teria levado os nobres a proclamarem a República. Segundo De Cicco, o rei foi substituído pelos dois cônsules anuais, comandantes do exército. Os poderes desses cônsules eram limitados pelo Senado e pela assembleia das cúrias ou famílias patrícias, liderados por curiões ou magistrados: os censores ou recenseadores que velavam sobre os costumes; os pretores ou juízes. Em tempos de agitações internas ou perigos externos, voltava-se por seis meses à monarquia: um ditador restabeleceria a ordem, acumulando todos os poderes. De volta à normalidade, retornava a República Senatorial. Também eram magistrados os *edis*, que cuidavam dos víveres da cidade; os *questores*, que regulamentavam as finanças; e os *pretores* que julgavam os casos e pronunciavam suas sentenças no *FORUM*.

---

[216] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 35.

Quando Roma estabeleceu contato com a Grécia, assimilando sua cultura, as doutrinas igualitárias de Sólon e Clístenes, pregadas em Atenas, encontraram eco em várias famílias patrícias e na *Urbe*[217], então enriquecida pela conquista da Itália. Os *irmãos pósteros*, explica Cláudio De Cicco, não queriam, agora, aceitar os *primogênitos*. Retiraram-se, onde não obtiveram vitória, do domicílio dos antepassados e terminaram por engrossar a plebe. Também se foram tornando mais frequentes as uniões entre patrícios e plebeus, em que pese o casamento misto ser vedado.

É em 493 a. C. que terá lugar na história um fato importante: a plebe amotinada abandona Roma e vai estabelecer-se no Monte Sagrado, pensando em vencer os nobres pela omissão. O Cônsul Menênio Agripa convence, então, a plebe a regressar, vindo o Senado a lhe conceder um tribuno, um juiz especial: o *tribuno da plebe*. O tribuno da plebe era inviolável no que diz com a sua pessoa e o seu domicílio. Embora sua autoridade não fosse sancionada pela religião, era de fato eficiente. Além disso, a plebe passaria a tomar suas decisões por meio de plebiscitos. Haveria, assim, duas cidades: a dos patrícios, com os cônsules e o Senado; e a dos plebeus, com o tribuno da plebe e o plebiscito.

A partir daí a plebe passou a exigir maior participação na cidade patrícia, movida pela igualdade civil, política e religiosa. É com a Lei das XII Tábuas que a igualdade civil será, então, obtida. Em 451 a. C., os patrícios encarregaram dez homens (*decênviros*) de fazer leis de equiparação entre os patrícios e os plebeus. Esses homens viajaram pela Magna Grécia (colônia grega no sul da Itália) e pela própria Grécia, voltando com dados para elaborar um novo ordenamento jurídico para Roma. Assim é que as determinações das Doze Tábuas foram gravadas em bronze e expostas no Forum de Roma a fim de todos poderem conhecer a nova situação: a ruptura do passado, em especial no que se refere ao conceito de Direito. O direito, portanto, tornou-se conhecido, público. A antiga lei de caráter privado, oriunda do culto da família, já não podia mais ser concebida. O

[217] Urbe é a cidade, o centro urbano.

direito dos indivíduos passou a ser considerado uma concessão do Estado, e o direito costumeiro cedeu lugar à lei escrita.

É bem verdade, explica Cláudio De Cicco[218], que as leis de Sólon foram influentes na elaboração das XII Tábuas. Tanto é assim que se teria pensado em uma simples transcrição. As mudanças no conceito de Direito e da lei, porém, decorreram de uma revolução nas ideias no seio das famílias aristocratas romanas. A lei perdeu seu caráter sacro porque o culto doméstico foi colocado à margem. A lei, agora, como expressão da vontade popular, tornara-se alterável e geral.

Da igualdade civil foram proporcionadas outras reformas estruturais. Em 367 a. C., Licínio Stólen propôs que um cônsul fosse plebeu; e, em 337 a. C., a porta de bronze do Senado abriu-se à plebe. Veja-se que, desde 444 a. C., de acordo com a lei de Canuleio, haviam sido permitidos os casamentos mistos, nada mais distinguindo, pois, um patrício de um plebeu. Assim é que progressivamente foi-se estruturando a república democrática, de 400 a. C. a 300 a. C.

A Lei das XII Tábuas é, assim, um *fato político*: ela representa a saída de um conflito social na comunidade romana do século V a. C. Ao mesmo tempo, no seu aspecto formal, como texto normativo, disciplina com perícia técnica, na base de costumes frequentemente bem mais antigos, uma rede de relações que, de tão disciplinadas, se isolam como jurídicas na consciência dos homens[219].

5.1.2.4.3. Os editos

Como se sabe, e como já referido anteriormente, constituía faculdade dos magistrados romanos promulgar editos (*ius edicendi*). Os editos mais importantes, para a formação do direito, foram os dos magistrados com função judiciária: em Roma, os pretores (urbanos e peregrinos) e os edis

---

[218] CICCO, Cláudio De. Dinâmica da história. São Paulo: Palas Athena, 1981, p. 36.

[219] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 16.

curuis; nas províncias, os governadores e questores. O edito era uma proclamação oral de um programa do magistrado no início do ano em que desempenharia a magistratura. Depois, passou a ser escrito numa tábua em branco chamada de *album*. Posteriormente, o *album* passou a se chamar edito[220]. Ao assumir o cargo, o pretor comunicava aos cidadãos os princípios básicos que iriam regular suas funções, em especial no que dizia respeito à administração judiciária. Nos editos os magistrados relacionavam os meios de proteção (ações) aos direitos decorrentes do *ius civile*. Os magistrados tinham o *imperium*, que lhes permitia dar ordens a que todos deviam obedecer. Podiam conceder interditos, por exemplo[221]. Com a Lei *Aebutia*, na metade do século II a. C., foi introduzido o *processo formulário*, aumentando, assim, a interferência dos magistrados judiciários, pois estes passaram a redigir um documento denominado *fórmula*, fixando nele o objeto da demanda a ser julgada pelo juiz popular. Com isso passaram a arrogar para si, quando lhes parecesse justo, o direito de denegar ações tuteladoras de direitos decorrentes do *ius civile* ou de criá-las para proteger situações não previstas no *ius civile* que lhes parecessem dignas de tutela. Na prática, isso equivalia a criar direitos; daí ser o edito fonte do direito[222].

---

[220] AZEVEDO, Luiz Carlos de. Introdução à história do direito. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 59.

[221] Algumas das limitações nas formas e instrumentos destinados à tutela jurisdicional – do que é exemplo a doutrina europeia da tripartição das ações em declaratórias, condenatórias e constitutivas - devem-se às origens romano-canônicas do nosso direito e de seus institutos fundamentais, e são inteiramente coerentes com o conceito romano de jurisdição, concebida como simples *jurisdictio*, desprovida de *imperium*, exercida por meio do procedimento privado da *actio*, com exclusão, por exemplo, de duas das funções mais nobres desenvolvidas pelo *praetor* romano, por meio dos interditos: a tutela executiva e a tutela mandamental. Enquanto o juiz privado (*iudex*) do procedimento formulário e, depois, os magistrados do processo extraordinário – já quando o Império Romano vinha se desagregando – limitavam-se a produzir sentenças meramente declaratórias do direito controvertido na causa, uma vez que a *condemnatio*, tanto no direito romano quanto em nossa moderna sentença condenatória, nada mais é, no plano do direito material, do que mera declaração, o pretor romano, por meio dos interditos, exercia atividade imperativa, seja promovendo atos executórios, como a *missio in possessionem*, seja ordenando a prática ou a abstenção de certos atos ou comportamentos. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 9.

[222] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22-23.

5.1.3. O Principado

A República não teve como sustentar-se muito tempo. No século I a. C., Roma já dispunha de um vasto império. Para conservá-lo, veio, então, uma reorganização militar levada a efeito por Mário, que deu a Roma um exército à sua altura. Qual o problema, então? Os generais tinham o poder de livremente recrutar soldados e destes receber seu juramento. Isso acabou vinculando os soldados aos generais, e não mais a Roma. Essa fidelidade pessoal, tributada pelo exército, foi fatal para a República. Foi Sila o primeiro a se utilizar dessa fidelidade pessoal dos soldados para a dominação política interna, passando, assim, a exercer a *ditadura* (*tirania*) de 82 a 79 a. C., realizando, então, várias reformas políticas[223].

Depois de deixar o poder por vontade própria, Sila morreu, projetando-se no período Pompeu e Júlio César, ambos intentando assumir o poder supremo. Seus métodos para conseguir esse poder foram, porém, distintos: o primeiro, Pompeu, quis galgar o poder com o consentimento do Senado republicano; o segundo, Júlio César, implantando a monarquia absoluta. Aí o conflito foi inevitável: em 49 a. C., César, desrespeitando o Senado e sem licenciar suas tropas, atravessa o Rubicão e invade Roma. Pompeu e mais alguns magistrados republicanos e senadores retiram-se para Tessalônica. Em 48 a. C., César vence a batalha de Farsália, consolidando posteriormente a sua vitória com a derrota dos partidários de Pompeu em Tapsa e Munda.

Em 44 a. C., César é assassinado. Nessa época, César agia como se fosse rei, embora oficialmente não fosse assim reconhecido. Esse período chegou a ser chamado por Cícero de *dominatus*.

Surge, então, com a morte de César, um *triunvirato* formado por Otaviano, que era sobrinho e filho adotivo de César, Marco Antônio e Lépido[224]. O triunvirato, porém, viria a se transformar num *duunvirato*,

---

[223] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 29.

[224] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 84.

pois Lépido aos poucos seria relegado – em 36 a. C. Lépido foi destituído - e o poder passaria, então, a se dividir entre os dois primeiros, Otaviano e Marco Antônio, ficando Otaviano com o Ocidente, e Marco Antônio, com o Oriente.

Em 36 a. C., é conferida a Otaviano a *tribunicia potestas*, um poder extraordinário[225], que seria confirmada, posteriormente, em 30 a. C., ano em que um plebiscito viria a lhe reconhecer o direito de administrar a justiça.

Antes do ano desse plebiscito, porém, na batalha de Ácio, em 2 de setembro de 31 a. C., Otaviano derrota Marco Antônio, vindo a se tornar o detentor único do poder. Seu título de *imperator*, então, é confirmado pelo Senado em 29 a. C., vindo a lhe ser atribuído, posteriormente, em 28 a. C., o título de *princeps senatus*. Em 13 de janeiro de 27 a. C. surgirá o principado. Dias depois, o Senado irá outorgar a Otaviano o título de *Augustus*.

Em 23 a. C., Otaviano renuncia ao consulado que vinha exercendo desde 31 a. C., recebendo o *proconsulado*, passando, assim, a exercer essa magistratura em todo o Estado romano. Assim é que Otaviano se consolidou como *princeps*, tendo, com o *proconsulado*, o comando geral dos exércitos romanos, e, com a *tribunicia potestas*, a inviolabilidade pessoal e o veto às decisões dos magistrados republicanos.

5.1.3.1. Como se caracteriza o Principado como forma de governo?

O Principado apresenta-se distinto conforme o local onde é empregado como regime. Em Roma, o principado é uma monarquia não absoluta. O príncipe é considerado o *primeiro cidadão* e respeita as instituições políticas da república. Já nas províncias imperiais o principado é uma monarquia absoluta em que o príncipe tem poderes discricionários.

---

[225] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 85.

As províncias, portanto, são divididas em províncias *senatoriais* (ou do povo) e províncias *imperiais* (ou do imperador)[226]. As províncias senatoriais são governadas pelos procônsules. O procônsul é auxiliado por um *legatos pro praetores* no que se refere à justiça e por um questor em assuntos financeiros[227]. Nessas províncias, o sistema de governo observado na República continua formalmente[228].

As províncias imperiais são administradas pelos *legati Augusti* (legados de Augusto), designados pelo imperador. O *legatos Augusti pro praetore* era um magistrado escolhido pelo imperador[229].

5.1.3.2. As tendências do Principado

De acordo com o magistério de Vandick Londres da Nóbrega[230], as principais tendências do Principado repercutiram nos terrenos econômico e social. O império atravessou uma fase de grande prosperidade econômica decorrente, em parte, do período de paz dominante em Roma. A navegação marítima desenvolveu-se com a construção de portos e canais, do que é exemplo o Canal de Corinto. O comércio interno foi incrementado, ainda, com a criação, pelo Estado, do correio, o *cursus publicus*. Também a moeda de ouro foi introduzida em Roma, passando a ser monopólio do Estado. Com o desenvolvimento do comércio, o Estado aproveita tal oportunidade para cobrar o imposto comercial (*portoria*) e impostos especiais sobre os comerciantes. A questão social, porém, agravou-se durante o Principado. A antiga desigualdade entre patrícios e plebeus, agora, era representada pelo fator econômico. De um lado, havia

---

[226] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 90.

[227] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 90.

[228] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 31.

[229] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 90.

[230] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 86.

os aristocratas, que ganharam fortunas em negócios; de outro, os proletários miseráveis que sequer ganhavam para viver. No âmbito da religião também houve transformações. Propagaram-se os cultos orientais entre o proletariado; e entre os plutocratas e aristocratas a doutrina estoica veio exercer considerável influência[231].

5.1.3.3. As instituições políticas no Principado

O Principado é o regime de transição entre a República e a monarquia absoluta. As principais instituições políticas da República, assim, sofrem uma modificação com o principado.

5.1.3.3.1. O Senado

O Senado, no Principado, teve um aumento de atribuições. Isso se dá em decorrência da restrição de poderes dos comícios. E a importância do Senado, nesse período, foi tão acentuada a ponto de vir a ser chamado o regime dominante de *diarquia*: a existência de dois poderes, o do príncipe e o do Senado[232].

O Senado era composto de 600 membros. Era exigido que cada um dos seus membros possuísse uma fortuna de um milhão de sestércios e tivesse mais de 25 anos.

O Senado devia reunir-se apenas nas calendas[233] e nos idos de cada mês, excluídos os meses de setembro e outubro. A convocação podia ser feita pelo príncipe, pelos cônsules, pretores e tribunos[234].

No âmbito da política externa o senado perdeu toda a influência, passando ela a ser exercida diretamente pelo príncipe. Suas atribuições mais

[231] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 86-87.

[232] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 88.

[233] Calenda é o primeiro dia da cada mês; idos são o décimo terceiro ou décimo quinto dias, conforme o mês.

[234] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 88.

importantes eram as legislativas. O *senatus-consultus* exerceu grande influência no Direito privado.

5.1.3.3.2. Comícios

Os comícios quase não se reuniram durante o período do Principado. Apesar de, no início, ainda terem conservado a competência eleitoral, ela foi transferida para o Senado. A função judiciária, por sua vez, em matéria criminal tinha sido abolida desde o fim da República, quando se instituíram as *quaestiones perpetuae*. Por fim, a função legislativa, exercida até o fim do primeiro século, foi tirada dos comícios. Algumas das leis votadas no principado são a *lex Iulia de adulteriis de collegiis*, a *lex Iulia sumptuaria*, *lex Iulia de maritandis ordinibus*, *lex Fufia Caninia*, *lex Sentia* e *lex Iunia Norbana*[235].

5.1.3.3.3. A Magistratura

As transformações do Principado atingiram as antigas magistraturas.

5.1.3.3.3.1. Consulado

As principais atribuições dos cônsules passaram ao príncipe. Os mandatos que antes eram de um ano passaram a ser semestrais, quadrimestrais, trimestrais e, finalmente, mensais[236].

O consulado perdurou durante todo o principado, embora não se compare ao que era ao tempo da república. O consulado, na época do principado, não dispõe do comando militar e seus poderes civis estão limitados pela *potestas tribunicia* do príncipe[237].

---

[235] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 88.

[236] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 89.

[237] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 31.

5.1.3.3.3.2. Pretura

A pretura urbana perdura durante o principado. A pretura peregrina desaparecerá na época do imperador Caracala. Em Roma e na Itália os pretores urbano e peregrino exerciam a jurisdição civil[238].

No principado, o número de pretores foi elevado a dezoito. Alguns desses novos pretores tinham autoridade judicante especial, tais com o pretor fideicomissário e o pretor tutelar[239].

5.1.3.3.3.3. Censura

A partir de Domiciano, a Censura deixou de existir como magistratura autônoma[240].

5.1.3.3.3.4. *Questura*

Os questores, de 40, foram reduzidos a 20: dois *quaestores Augusti*; quatro *quaestores-consulum*; doze questores das províncias e dois *quaestores urbani*. A magistratura menos atingida pela nova ordem do principado foi a questura[241].

5.1.3.3.3.5. Tribunato da plebe

O poder passou para o príncipe. Apesar de ter perdurado durante todo o principado, suas funções – que já vinham da República – passaram,

---

[238] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 31.

[239] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 89.

[240] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 89.

[241] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 89.

pois, ao imperador. Suas novas atribuições, agora, são de ordem administrativa, como, por exemplo, a vigilância das sepulturas[242].

5.1.3.3.3.6. Edilidade curul e da plebe

A partir de César, os edis, que eram seis, dividiram-se, dois a dois, em três categorias: edis curuis, plebeus e *Ceriales* (estes últimos eram encarregados do aprovisionamento de Roma). Pouco a pouco, suas funções foram atribuídas a funcionários imperiais, deixando de existir, assim, a edilidade no século III d. C., por volta do ano 240[243].

5.1.3.3.3.7. O *princeps* e a criação das novas magistraturas

5.1.3.3.3.7.1. O *princeps*

A administração pública tinha de funcionar. Logo, fazia-se necessário organizar um aparelhamento administrativo que fosse à altura do império romano. Foi para isso que o príncipe veio nomear funcionários imperiais. Daí a formação de uma escala hierárquica de funcionários que auxiliavam o *princeps*. Este se encontrava acima dos demais. Para designar o *princeps* não vigorava o princípio da hereditariedade e nem o puramente eletivo. O sucessor, geralmente, era designado pelo antecessor: por adoção ou mediante simples designação ou atribuição de poderes fundamentais, tais como a *tribunicia potestas*. A influência do exército na designação do *princeps*, porém, era grande. O escolhido, então, era consagrado pelo Senado e, por pura formalidade, pelo povo, de cujas mãos recebia, assim, a investidura pela *lex de imperio*[244].

---

[242] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 32.

[243] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 32.

[244] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 89.

5.1.3.3.3.7.2. Novas magistraturas, novos cargos

O príncipe tinha de imprimir nova orientação ao governo. Logo, teve de criar cargos novos no principado.

5.1.3.3.3.7.2.a. *Praefecti*

Os *Praefecti* eram representantes públicos designados pelo príncipe para exercerem determinada atividade. O *praefectus urbi* era um simples delegado do imperador nas ausências temporárias. A partir de Tibério o *praefectus urbi* ficava em exercício contínuo porque o príncipe passou a residir fora de Roma. Assim, o *praefectus urbi* tornou-se uma espécie de chefe de polícia e sob seu comando encontravam-se as cortes urbanas com cerca de 4.000 a 6.000 homens. O *praefectus urbi* tinha a jurisdição criminal em Roma e num raio de ação de cem milhas em torno da cidade. A jurisdição civil era exercida em casos de ordem pública, mas isso raramente ocorria[245]. Os *Praefecti praetorio* exerciam influência na escolha do imperador. Por isso, desfrutavam de situação privilegiada. Tinham a jurisdição criminal, além da zona destinada ao *praefectus urbi*. O *praefectus annonae* fiscalizava o abastecimento da cidade. O *praefectus vigilum* era o superintendente da vigilância noturna e tinha sob seu comando sete cortes com 1.000 a 2.000 homens. O *praefectus Aegypti* – autoridade de ordem equestre – era designado em atenção especial à posição do Egito comparada com a das outras províncias[246].

5.1.3.3.3.7.2.b. Os *legati*

Eram os *lugares-tenentes* do imperador no governo da província e no comando das legiões[247].

---

[245] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 89.

[246] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 90.

[247] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 90.

5.1.3.3.3.7.2.c. Procuradores

Os procuradores eram os auxiliares particulares do príncipe no setor administrativo e financeiro. Com o passar do tempo, transformaram-se em funcionários públicos[248].

5.1.3.4. Fontes do Direito no Principado

No Principado são fontes do direito: costume, leis comiciais, edito dos magistrados, *senatus consultos*, constituições imperiais e respostas dos jurisconsultos (*responsa prudentium*).

5.1.3.4.1. Costumes

O costume, a lei, o edito dos magistrados e os *responsa prudentium* são considerados fontes antigas, que persistem no Principado. As fontes novas, que surgem no Principado, são os *senatus-consultus* e as constituições imperiais. O costume, como se sabe, é o direito não escrito, que não se encontra em documentos, mas que pode ser observado no proceder constante do povo com relação a determinada norma. Veja-se que a soberania do povo era tão importante a ponto de, mediante o tácito consentimento de todos, a lei poder ser ad-rogada pelo desuso. No Direito clássico, inclusive, o costume prevalecia sobre a lei[249]. O fragmento atribuído a Juliano – *leges non solum suffragio legislatoris sed etiam tácito consenso omnium per desuetudinem abrogentur* (D. I, 3, 32, I) – assim o atesta.

---

[248] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 90.

[249] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 90.

5.1.3.4.2. A lei

Até o fim do primeiro século, a lei é fonte do direito. Nos tempos de Augusto, aliás, os comícios votam leis por ele propostas com base na sua *potestas tribunicia*. Após Augusto é que a legislação comicial entrará em decadência. Com o imperador Nerva virá, então, a última das leis comiciais. Embora o poder legislativo dos comícios não tenha sido abolido, fato é que ele desapareceu por ter deixado de ser exercido[250].

5.1.3.4.3. Edito dos magistrados

No Principado, os editos dos magistrados continuariam a formar o *ius honorarium*. Não se observa, porém, a independência da época republicana, em razão da grande soma de poderes conferidos ao príncipe. Assim, os pretores limitavam-se a reproduzir o edito dos antecessores. As inovações somente eram feitas mediante solicitação do senado ou de autoridade superior. Essa tendência – segundo a qual não havia *pars nova* nos editos – ficou consubstanciada com a determinação do imperador Adriano, que conferiu ao jurisconsulto Sálvio Juliano a elaboração do *Edictum perpetuum*, que é uma codificação dos editos anteriores, não sendo, portanto, o edito anual[251].

5.1.3.4.4. Senatus-consultos

No período do Principado os *senatus-consultos* são equiparados à lei. Os *senatus-consultos* estabelecem uma concatenação entre as leis propriamente ditas e as constituições imperiais. O *senatus-consulto* era designado pelo nome do magistrado que o propunha. Os principais, segundo Vandick Londres da Nóbrega[252], são os seguintes: o *senatus-*

---

[250] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 35.

[251] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 91.

[252] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 92.

consulto Trebeliano, sobre os fideicomissos; o *senatus-consulto* Silaniano, que trata das obrigações de herdeiro do testador assassinado; o *senatus-consulto* Claudino, sobre a condição da mulher livre que tivesse relações com o escravo; o *senatus-consulto* Valeiano, que não permitia às mulheres a intercessão por outrem; o *senatus-consulto* Volusiano, que proibia a venda da casa para demolição; o *senatus-consulto* Neroniano, sobre os legados nulos por vício da forma.

Também havia as proposições que o príncipe dirigia ao senado e por este eram votadas. Tais proposições recebiam o nome de *orationes*. Como exemplo pode ser citada a *oratio Severi* sobre os direitos do autor quanto ao patrimônio do pupilo.

5.1.3.4.5. Constituições imperiais

As constituições imperiais viriam tomar o lugar dos *senatus-consultos*[253]. Essas constituições imperiais eram decisões imperiais, divididas em quatro categorias: *mandata*, *decreta*, *edicta* e *rescripta*.

5.1.3.4.5.1. *Mandata*

Os *mandata* eram instruções do imperador aos funcionários imperiais e aos governadores das províncias. Tratavam dos mais diversos assuntos. Preliminarmente, essas instruções só se aplicavam a cada caso singular. Posteriormente, elas se aplicavam aos casos análogos.

Havia o chamado *liber mandatorum*, que reunia os *mandata* dirigidos pelo imperador ao respectivo funcionário. Este, assim, podia transmitir ao sucessor as instruções recebidas da autoridade superior[254].

---

[253] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 92.

[254] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 92.

5.1.3.4.5.2. *Decreta*

Os *decreta* (decretos) são julgamentos proferidos pelo imperador, seja como juiz de primeira instância, seja em grau de recurso. O imperador também podia proferir decisões interlocutórias. Como juiz, o imperador devia aplicar a lei. O imperador, porém, era a mais alta autoridade do Estado e tinha um amplo poder de interpretação, e isso a ponto de, por vezes, introduzir princípios novos. As palavras do imperador, explica Londres da Nóbrega[255], eram, geralmente, precedidas por um *dixit* – o imperador disse – ou, então, era feito um sumário dos fatos, devendo a decisão ser apresentada em seguida.

5.1.3.4.5.3. Os *edicta*

Os *edicta* (editos), em tese, são semelhantes aos editos dos magistrados do período republicano. A diferença está no fato de que, na República, os editos, via de regra, são proferidos ao ser o magistrado investido nas funções, ao passo em que o imperador não tinha qualquer preocupação de apresentar, mediante editos, os principais traços de seu programa. Ele os divulgava na medida em que as circunstâncias o aconselhassem. A célebre *constitutivo Antonina*, do ano 212, era um edito. Ela ficou conhecida como o *edito de Caracala*[256].

5.1.3.4.5.4. Os *rescripta*

Os *rescripta* (rescritos) são as respostas dadas pelo imperador ou pelos membros de sua chancelaria a consultas sobre questões de direito que lhes eram formuladas. Se a consulta fosse feita por um particular a resposta seria dada embaixo do próprio documento. Essa resposta era a

---

[255] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 93.

[256] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 93.

subscriptio. Já se a consulta fosse formulada por um funcionário a resposta seria dada em documento separado, a *epistula*[257].

5.1.3.4.6. *Responsa prudentium* (resposta dos jurisconsultos)

Embora *respondere* fosse *função peculiar aos juristas republicanos* (Schulz), as respostas dos jurisconsultos continuaram a ser importante fonte do direito no Principado[258]. Algumas restrições, porém, acabaram atingindo os prudentes quanto ao pleno exercício de suas funções, consequência, é claro, da dilatação dos poderes do imperador. Augusto concedeu a alguns jurisconsultos o direito de responder pela autoridade do príncipe: *ius respondendi ex auctoritate principis*. Os pareceres – *responsa* – emitidos pelos jurisconsultos que houvessem recebido tal concessão do príncipe eram mais importantes porque os seus autores estavam investidos da *auctoritas* do príncipe. Isso não significa, todavia, que os demais jurisconsultos que não tivessem recebido a *auctoritas* ficassem impossibilitados de *respondere*, de dar consultas. Um rescrito do imperador Adriano veio colocar as respostas dos jurisconsultos na categoria de fonte de direito. De acordo com esse rescrito, se os pareceres fossem concordes, teriam eles força de lei. Em caso contrário, o juiz podia decidir como lhe parecesse mais acertado[259].

5.1.3.4.7. A jurisprudência clássica

No principado surgiram duas escolas rivais: a dos *Proculianos* e a dos *Sabinianos*. A escola dos Proculianos foi fundada pelo jurisconsulto Antitius Labeo; a dos Sabinianos, pelo jurisconsulto Cápito. Não se sabe muito

---

[257] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 93.

[258] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 91.

[259] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 91-92.

acerca das diferenças entre ambas as escolas. O que se sabe é que Lábeo, fundador dos Proculianos, tinha tendências republicanas, ao passo que Cápito identificava-se com a reforma de Augusto.

No século III d. C. irão distinguir-se três importantes jurisconsultos: Ulpiano, Paulo e Papiniano. A partir daí a ciência jurídica entrará em declínio, aparecendo somente a figura de Modestino, que teria escrito algumas obras em grego[260].

A literatura jurídica do Principado compreende as *responsa et quaestio*, os comentários, o *digesta* e as sentenças.

5.1.3.4.7.1. Responsa et quaestiones

São as obras que contêm consultas formuladas aos prudentes pelas partes, pelos defensores ou pelos próprios juízes.

5.1.3.4.7.2. Comentários

Os comentários abrangem dois tipos de trabalhos: os comentários feitos sobre o Edito, chamados *libri ad edictum*, e os comentários sobre o direito civil, os *libri ad Sabinum*[261].

Ulpiano e Paulo escreveram comentários sobre o edito do pretor; Gaio, sobre o edito dos governadores da província.

Os juristas escreveram comentários sobre a obra de Sabino, considerada clássica, versando sobre os mais amplos assuntos de direito civil.

5.1.3.4.7.3. *Digesta*

São espécies de enciclopédias jurídicas que abrangem todas as partes do direito. São exemplo os *Digesta* de Celso e os de Juliano.

---

[260] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 94.

[261] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 95.

5.1.3.4.7.4. Sentenças

São sentenças que tratam de todas as partes do direito. Embora incompletas, as que chegaram até nós são as sentenças de Paulo[262].

5.1.3.4.8. Obras didáticas

Há, ainda, no principado obras elaboradas atendendo a um critério didático e com o objetivo de transmitir ensinamentos. São obras desse gênero as *Institutiones* e as *regulae*. As *Instituições de Gaio* – ou Institutas de Gaio – foram elaboradas para transmitir aos iniciantes as principais noções de direito. Foi o historiador alemão Niebuhr que, em 1816, as descobriu[263].

5.1.4. O Dominato

O principado, como dito, foi o regime de transição entre a república e a monarquia absoluta. Os imperadores foram, gradativamente, firmando seu poder absoluto em Roma. Até então, em Roma, o *princeps* era o primeiro cidadão; nas províncias, porém, era monarca. Após vários imperadores terem se sucedido depois da morte de Alexandre Severo, Dioclesiano veio ascender ao poder em 284 d. C. A política de Augusto e de seus seguidores, então, foi deixada de lado, sendo implantada a monarquia absoluta com uma nova organização do Império.

Constantino viria, então, completar a obra de Dioclesiano[264]. Como o Império Romano era muito vasto e tinha vários problemas de administração, e havia necessidade de organizar um sistema para sucessão dos

---

[262] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 95.

[263] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 95.

[264] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 41.

imperadores, Dioclesiano veio a dividir (de fato, mas não juridicamente) o Império Romano em *pars Orientis* e *pars Ocidentis*, reservando a primeira, a *pars Orientis*, para si e, a segunda, *Ocidentis*, para Maximiano. Em que pese a divisão, Dioclesiano continuou acima de Maximiano. Ambos eram *Augustus*, havendo, ainda, em cada Império, um sucessor do trono denominado *caesar*, o que formou, então, uma tetrarquia com dois augustos e dois césares[265]. Foi Constantino que viria realizar a fusão da *pars Orientis* com a *pars Ocidentis*. A capital do Império Romano, então, foi transferida para Bizâncio, que passou a se chamar Constantinopla. Essa reunião das duas partes continuou até a morte de Teodósio I. Foi aí que teve lugar a divisão definitiva do Império Romano entre os dois filhos de Teodósio: Honório e Árcadio. Honório ficou com o Império do Ocidente; Arcádio, com o do Oriente.

O Império Romano do Ocidente caiu em 476 d. C. em razão das investidas dos bárbaros. Em 553, Justiniano, que era o então Imperador do Oriente, reconquistou a Itália, mas, logo em seguida, em 568, os lombardos expulsaram os bizantinos do norte da Itália e a ocuparam totalmente. No século IX já não havia qualquer domínio bizantino na Itália. O Império Romano do Oriente preservou-se até 1453, quando Constantinopla foi tomada pelos turcos otomanos. Essa data marca o início da Era Moderna.

5.1.4.1. O Dominato enquanto instituição política

A característica do dominato é a ampla burocratização administrativa. O imperador é o senhor absoluto; é deus e *dominus*. Abaixo do imperador há funcionários dispostos num sistema rígido de hierarquia. Quanto às magistraturas, há o *consulado* (com funções honoríficas), a *pretora urbana* (sem jurisdição, mas com o ônus de dar jogos públicos) e o *tribunato da plebe*. O Senado é um mero conselho municipal. Existem dois: um em Roma; outro, em Constantinopla. No que diz com a organização

---

[265] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 31-32.

provincial há estreita dependência ao governo central. As províncias são divididas em novas províncias e, dentro de cada província, há cidades (*civitates*).

5.1.4.2. Fontes do direito no Dominato

No dominato, que é uma monarquia absoluta, há apenas uma fonte da criação do direito: a constituição imperial, a *lex*. O costume persiste como fonte espontânea do direito, mas se limita a preencher lacunas das constituições imperiais. As normas decorrentes das fontes de direito dos períodos anteriores continuam em vigor desde que não revogadas. E tais normas são conhecidas em razão da obra dos jurisconsultos clássicos, e não de forma direta a partir do estudo da própria fonte. Ao lado das constituições imperiais, das *leges*, vigora, portanto, o direito contido em tais obras. Esse direito é chamado de *iura*[266].

Um problema, criado a partir da invocação de tais normas jurídicas, viria, então, ocorrer. Essas normas, como dito, constavam das obras de juristas antigos. Alguns advogados, assim, passaram a induzir em erro os juízes, fazendo citações falsas que eram atribuídas a esses jurisconsultos antigos. Em 321 d. C., então, Constantino veio a declarar sem eficácia as notas que Paulo e Ulpiano haviam feito à obra de Papiniano. O próprio Constantino, entretanto, posteriormente, veio confirmar a autoridade das demais obras de Paulo, em especial das Sentenças. Mais de um século depois, Teodósio II e Valentiniano III vieram tomar outras providências, incluindo na constituição imperial disposição no sentido de que somente poderiam ser invocados em juízo os escritos de cinco jurisconsultos: Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino. Essa constituição é chamada de *lei das citações* e, em razão de tal disposição, dizem os estudiosos, teria criado um verdadeiro *tribunal de mortos*[267]. A constituição imperial estabeleceu,

---

[266] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 43-44.

[267] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 44. Quando escreve sobre o direito comum inglês, Hegel, fazendo referência à obra de Hugo, *História do Direito*, explica

ainda, que as opiniões dos autores citados por qualquer desses jurisconsultos poderiam ser invocadas em juízo desde que o original fosse trazido a juízo.

Mesmo com tais providências, o problema não se resolveu. É que a época do dominato foi um período de decadência da jurisprudência, da ciência do direito. Não havia grandes juristas. Havia, sim, práticos do direito. E havia o *tribunal dos mortos*, a opinião dos cinco grandes jurisconsultos. As constituições imperiais, por sua vez, foram se sucedendo, a ponto de não se saber quais as constituições que estariam em vigor. O que fazer, então? Compor compilações. Essas compilações, denominadas pré-justinianéias porque anteriores as que foram elaboradas por ordem de Justiniano, dividiram-se em dois grupos: as que continham apenas *leges* e as que continham *leges* e *iura*[268].

O estudo do direito irá ressurgir apenas no século V, graças às escolas do Império Romano do Oriente, em especial as de Constantinopla e Berito. Não se encontrará, no entanto, no período do dominato uma obra que possa ser considerada verdadeiramente criadora. Os professores de tais escolas de direito dedicaram-se a estudar as obras dos juristas clássicos, reelaborando-as e as adaptando às necessidades sociais da época. É graças a essas escolas que Justiniano viria encontrar juristas e material para a elaboração da sua grande obra: o *Corpus Iuris Civilis*.

Justiniano assumiu o poder em 527 d. C. e, em 528 d. C., nomeou uma comissão para compilar as constituições imperiais vigentes. Em 529,

---

o porquê da criação do tribunal dos mortos. Em suas palavras: *Sabe-se que o direito nacional inglês, ou direito comum, está contido em status (leis formais) e numa lei que se chama não-escrita. Mas esta lei não escrita está tão bem escrita como qualquer outra e nem se pode ter conhecimento dela senão através da leitura de numerosos in-quarto. Os conhecedores deste assunto descrevem a monstruosa confusão que se estabelece na jurisprudência bem como na própria matéria da legislação, observam, em especial, que, uma vez que a lei não-escrita se contém nas decisões dos tribunais e dos juízes, estes ficam sendo perpétuos legisladores, e tanto se pode dizer que os juízes se devem referir à autoridade dos seus predecessores, pois o que eles fizeram foi exprimir a lei não-escrita, como o que não devem fazer, pois eles mesmos possuem essa mesma lei com igual autoridade. Com efeito, lhes é dado o direito de numa sentença se pronunciarem sobre decisões precedentes considerando-as conformes ou não a essa lei. Foi contra uma confusão análoga, surgida no último período da jurisprudência romana em resultado da autoridade de diversos jurisconsultores célebres, que um imperador estabeleceu um recurso com o nome de lei sobre as citações, que introduzia uma espécie de instituição colegial entre os juristas mortos, com maioria de votos e presidentes*. HEGEL, G. W. F. Princípios da filosofia do direito. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 187-188.

[268] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 44.

então, aprontou-se a compilação, sendo denominada *Novus Iustinianus Codex*. Em 530, Justiniano encarregou Triboniano, seu ministro e grande jurisconsulto, de nomear uma comissão para compilar os *iura*. Em três anos o trabalho estava pronto: o *Digesto*, também chamado de *Pandectas*.

Como havia necessidade de um manual para introduzir os estudantes no estudo do direito que fora compendiado no Digesto, foram elaboradas as *Institutiones* (Institutas), que entraram em vigor juntamente com o Digesto, em 30 de dezembro de 533 d. C. Dadas as contradições que surgiram entre o *Novus Iustitianus Codex* e as *Pandectas*, Justiniano nomeou outra comissão para atualizar o *Codex*. Em 29 de dezembro de 534 d. C., então, veio a nova edição do Código.

Por fim, as modificações introduzidas posteriormente por Justiniano na legislação por meio de constituições imperiais são as *Nouellae constitutiones* (*Novelas*).

Em síntese, portanto, a codificação de Justiniano compreende quatro livros[269]:

a) *Digesto* (*Digestorum seu Pandectorum*) ou *Pandectas*: é de 530-533 d. C., com fragmentos dos jurisconsultos romanos do período clássico, tais como Quinto Mucio Escévola, Ulpiano, Paulo etc. É obra de Triboniano, jurista. O nome *Digesto* vem da distribuição ordenada de matérias. Já *Pandecta*, de origem grega, significa compilação. O *Digesto* é a compilação dos *iura*.

b) *Instituições* (*Institutiones seu Elementa*): é de 533 d. C. Tem por base as Instituições de Gaio e a obra de Ulpiano. É um manual de direito.

c) *Codex Justinianus*: é de 528-529 d. C. É uma compilação das codificações bizantinas anteriores, em sua maioria de direito público. É uma compilação das *leges*, portanto.

d) *Novellae Leges*: é a legislação baixada por Justiniano, no campo do direito de família e de sucessões.

---

[269] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 303.

Além dos quatro livros, havia ainda as chamadas *interpolações* ou *tribonianismos*. A fim de que os *iura* e as *leges* constantes do *Corpus Iuris civilis* pudessem ser aplicadas na prática, muitas vezes era necessário realizar alterações nos fragmentos dos jurisconsultos clássicos ou nas constituições imperiais antigas. Tais alterações, caracterizadas por substituições, supressões ou acréscimos, são as interpolações[270].

Foi Dionísio Godofredo, romanista francês, que, em 1538, viria a denominar *Corpus Iuris Civilis* esse conjunto de obras. E assim é que a codificação justiniana, como explica Mario Bretone[271], procura resolver as dificuldades da sua época, recapitulando o passado. Como fato histórico que é, situa-se, diz Bretone, entre um passado e um futuro, encerrando uma história do Direito Romano e se encontrando igualmente na base do pensamento jurídico bizantino, vindo a alimentar a cultura jurídica medieval e moderna na Europa.

5.2. As fases da história interna de Roma: características do Direito romano pré-clássico, clássico e pós-clássico

5.2.1. Direito romano pré-clássico

O Direito romano pré-clássico vai das origens de Roma em 754 a. C. até a Lei *Aebutia* (esta aproximadamente entre 149 e 126 a. C.). O formalismo, o materialismo e a atuação dos jurisconsultos na construção do *ius civile* caracterizam essa fase.

Quanto ao formalismo, neste período, o que vale não é a vontade de quem pratica determinado ato, mas que o ato seja realizado observando-se a forma. É o caso já referido da ação relativa ao corte das videiras em que o litigante pronunciou a palavra *vites* ao invés de *arbores* e, assim, perdeu a demanda. Quanto ao materialismo, como não importa a vontade

---

[270] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 49.

[271] BRETONE, Mario. História do direito romano. Tradução: Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 11-12.

do agente, mas, sim, a observância da forma, uma obrigação, ainda que contraída em virtude de coação ou dolo, era válida desde que tivesse havido a obediência à formalidade. E quanto à atuação dos jurisconsultos estes vão criando o direito com o emprego de técnicas jurídicas como a ficção, a analogia, a interpretação literal etc. Os juristas, portanto, criavam direito adaptando, assim, as normas costumeiras ou legais existentes às novas exigências sociais, e não de forma arbitrária[272].

5.2.2. Direito romano clássico

A fase do direito clássico vai da *Lex Aebutia* até o término do reinado de Dioclesiano, em 305 d. C. Nesse período as três características da fase do Direito pré-clássico - formalismo, materialismo e atuação dos jurisconsultos na construção do *ius civile* - entram em decadência, pois passam a atuar magistrados com funções judiciárias, destacando-se os pretores urbanos e peregrinos.

Como Roma, no século III a. C., já era um centro comercial para onde vinham vários estrangeiros, e como o *ius civile* só se aplicava aos cidadãos romanos, surgiu um problema: como disciplinar, juridicamente, as relações comerciais dos estrangeiros entre si ou com os romanos? A partir da *Lex Aebutia* vai desenvolver-se, então, o *ius gentium*, aplicável a estrangeiros e romanos, e constituído de princípios advindos de usos e costumes comerciais, e sancionado pelo pretor peregrino no Edito. Aliás, nada mais lógico e, diga-se, necessário, diante do cosmopolitismo presente numa Roma em constante transformação. Talvez por isso é que Enrique Ahrens[273] destaca merecer atenção, no que diz com o desenvolvimento do direito romano, a lógica com que ele se desenvolve e a unidade que mantém em meio às suas lentas e constantes transformações. Isso se deve ao fato de que, segundo Ahrens, há uma ideia que a tudo domina: a *cidade*. A

---

[272] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 68-69.

[273] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 428.

cidade, de um lado, é a base imóvel, o centro de atração em toda aquela vida; de outro lado, diferentemente da Grécia, que sequer logra constituir a união de sua raça, Roma vai estendendo essa ideia com todas as suas consequências para realizar assim sua missão histórica: a *associação humana*. Por isso as transformações da cidade se refletem em cada esfera do direito. Daí a constante penetração do direito das gentes no civil mediante aqueles pretores chamados *ministros da providência* (expressão de Arturo Duch); daí também a harmonia entre o espírito conservador e o reformador e, por fim, a idêntica direção que toma a revolução social e política durante a república, e a filosófica e moral que tem lugar sob o Império, sob o influxo do catolicismo e do Cristianismo. Roma sempre teve o mesmo ponto de partida, a cidade, e o mesmo ideal, a *associação de todos os povos*[274]. Veja-se que o *ius gentium*, decorrente, portanto, desse ponto de partida e ideal romanos, fundava-se em concepções distintas e opostas às do *ius civile*. Contrapunha-se, assim, ao formalismo e ao materialismo, respeitando, por sua vez, a boa-fé, a lealdade à palavra empenhada. Então, aos poucos, os princípios constantes do Edito do pretor peregrino viriam ser acolhidos pelo pretor urbano, sendo posteriormente integrados ao próprio *ius civile*. Assim é que o pretor urbano passa a se destacar, firmando-se, por conseguinte, o *ius honorarium* ou *praetorium*, passando a haver a convivência de duas ordens jurídicas distintas, o *ius civile* e o *ius honorarium*[275]. As normas publicadas sucessivamente pelos diversos pretores constituíram, portanto, o direito pretoriano. Na definição de Papiniano, o direito pretoriano foi o direito criado pelos pretores, por utilidade pública, com o fim de secundar, completar ou corrigir o direito civil. Segundo Vandick Londres da Nóbrega[276], o direito pretoriano distingue-se da lei pelos seguintes motivos: a) o direito pretoriano tem uma esfera de aplicação

[274] AHRENS, Enrique. Historia del derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Impulso, 1945, p. 428.

[275] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 69-71.

[276] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 51-52.

mais limitada que a da lei, pois se estende até onde vai a jurisdição do pretor, ao passo que tal limitação não abrange a lei que se aplica em todo o Império romano; b) o edito de pretor vigorava apenas durante um ano, ao passo que a lei era perpétua; e c) o direito civil emana do povo e qualquer lei votada pelo povo podia conceder ou suprimir direitos. Já o edito não podia revogar uma norma de direito civil.

5.2.3. Direito romano pós-clássico

Também chamado de Direito romano-helênico, o Direito romano pós-clássico – ou a fase do Direito romano pós-clássico - vai desde o término do reinado de Dioclesiano até a morte de Justiniano em 565 d. C. O direito vigente ao tempo em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d. C., é, por sua vez, o denominado *direito justinianeu*. A característica marcante do período do Direito pós-clássico está no fato de que o direito passa a ser elaborado quase que exclusivamente pelo Estado via constituições imperiais. Nos dois primeiros períodos – pré-clássico e clássico – a atuação do Estado na criação do direito era pequena. Na fase pré-clássica, a maioria das normas jurídicas decorria do costume ou da interpretação (*interpretativo*) dos juristas. Já na fase clássica destacou-se o *ius honorarium*. A atuação dos jurisconsultos, por meio da *interpretatio*, na construção do *ius civile*, então, decaiu. Os juristas, agora, poderiam chegar ao mesmo resultado de maneira mais simples: solicitando ao pretor urbano que, no Edito, protegesse situações novas, tutelasse atos praticados sem observância do formalismo rigoroso do *ius civile*, e atentasse para a vontade dos contratantes. Veja-se, por exemplo, que, na época do principado, um terceiro sistema jurídico se sobrepôs aos poucos ao *ius civile* e ao *ius honorarium* ou *praetorium*: o *ius extraordinarium*, integrado por constituições imperiais cujos preceitos eram sancionados pelo processo da *cognitio extra ordinem*, e não pelo processo formulário[277].

[277] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 71-72.

É de se destacar que apenas quando os imperadores, por meio das constituições imperiais, começaram a ditar normas jurídicas é que o Estado passou a atuar decisivamente na elaboração do direito, o que fez com que as demais fontes viessem entrar em decadência. Essa evolução é concluída, assim, no período pós-clássico: o Estado passa a elaborar o direito e desaparece a distinção entre *ius civile*, *ius honorarium* e *ius extraordinarium*, tornando-se a *cognitio extra ordinem* o processo comum, em substituição ao processo formulário.

6. Algumas considerações críticas sobre a importância e os problemas oriundos da herança processual romana na atualidade

O Professor Ovídio Baptista da Silva[278], um dos maiores processualistas brasileiros, há muito ensinava o que poucos conseguem compreender: que o paradigma liberal-racionalista, *locus* onde se situa o Direito Processual Civil, sofre de uma *esclerose* que o compromete com o poder, não deixando espaço para que os juízes exercitem sua *responsabilidade política* e, assim, consigam cuidar das singularidades dos casos. O resultado de tudo isso, sabe-se muito bem, é a inefetividade do processo jurisdicional; denúncia, aliás, muito bem feita por Ovídio secundado de alunos, tais como Jânia Maria Lopes Saldanha[279] e Cristiano Becker Isaia[280]. Quanto a este último, Cristiano, permitir-me-ei reportar ao seu *Processo Civil e hermenêutica: os fundamentos do CPC/2015 e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo*[281], cujo prólogo que por mim foi feito, com algumas alterações, reproduzo aqui. Para Cristiano Isaia, no

---

[278] Sobretudo em SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[279] SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2012.

[280] Em especial, ISAIA, Cristiano Becker. Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

[281] ISAIA, Cristiano Becker. Processo Civil e hermenêutica: os fundamentos do CPC/2015 e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo Curitiba: Juruá, 2017.

que segue Ovídio Baptista da Silva, as raízes históricas da jurisdição processual civil no que diz com a jurisdição e o processo, ou seja, as raízes da chamada *processualística civil*, estão em Roma. O processo de conhecimento iniciou sua solidificação ali. Sua sedimentação definitiva, no entanto, viria dar-se mais tarde, com as filosofias racionalistas do século XVII, que pretenderam fazer do Direito uma matemática. Lembro aqui, por exemplo, de Leibniz, sempre citado pelo Professor Ovídio[282]. Com Leibniz e outros racionalistas – Locke, por exemplo -, o Direito, e em especial o Direito Processual Civil, foi reduzido a uma ciência da natureza e a um dogmatismo procedimental que o afastou dos fatos concretos. O juiz que resultou dessas condições é, então, aquele que todos nós conhecemos: *irresponsável* – no que corresponde ao juiz da separação dos poderes de Montesquieu - e programado para *decidir segundo sua própria consciência* - como ensina Cristiano com apoio em Lenio Luiz Streck[283] -, sem possibilidades para *interpretar* a norma jurídica. Nesse contexto, a pergunta que Cristiano Isaia irá fazer é se já houve, no passado, uma jurisdição processual mais efetiva, fundada numa estrutura decisória comparticipada.

Nos primórdios do Direito Processual Civil, em especial na fase das *legis actiones*, como já explicado anteriormente, há uma forte carga procedimental e uma espetacular rigidez no sentido de as ações se conformarem às palavras da lei. Como diz Cristiano, nesta fase, não há qualquer *plasticidade* no Direito Processual. O período clássico, então, irá substituir aquela fase, iniciando-se a construção, no plano do Direito Privado, de um sistema jurídico completo, coerente, em que passam a ser sobrelevados o caso prático e aquilo que já tinha sido decidido a respeito de cada matéria em casos similares anteriores. Como os romanos *sabiam das coisas*, suas teorizações, na época, estavam ligadas à práxis. Para eles, a lei era a fonte do Direito, mas, por detrás de todo e qualquer julgado,

---

[282] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24-25.

[283] Consultem-se: STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

estava o caso concreto em si mesmo. E estava também a igualdade. Aí, aliás, algo que chama atenção: mais de dois mil anos antes da aparição de um Ronald Dworkin[284] – o jusfilósofo norte-americano que defendeu a necessidade de um Direito como Integridade, marcado pela aplicação coerente do direito, com respeito aos precedentes, cuja virtude soberana é a igualdade -, os romanos já conheciam noções de coerência e integridade, a necessidade de a jurisprudência respeitar a história sem desprezar a justiça e a equidade, e a indispensabilidade de o jurisconsulto, figura responsável por analisar os casos e dar pareceres, debruçar-se sobre o fato. É nessa época que passa a ter lugar, então, ao lado do jurisconsulto, o pretor. É ele que terá o poder de império, criando o direito de que iria valer-se o interessado, preenchendo as lacunas do *ius civile* e permitindo a adaptação do direito a uma nova realidade. Em tal período, a atividade pretoriana, aos poucos, vai-se afastando, portanto, do rigorismo das *legis actiones*. É o período *per formulas* que, a partir da *Lex Aebutia*, tem início. Neste período é gestado, então, um procedimento com muito mais preocupação com o fato que com o próprio procedimento. O que caracteriza, portanto, o período formulário? Procedimento bifacetado – uma fase perante o pretor, que detinha poder de mando; outra, perante o *iudex*, que simplesmente concedia ou não a *actio* -, verossimilhança, cognição sumária, limitação do campo de apreciação das matérias pelo próprio pretor, submissão do rito ao direito, poder de império do pretor, capacidade do pretor de emitir ordens visando ao cumprimento de medidas efetivas, de interditos. O que, todavia, teria acontecido posteriormente para que chegássemos ao ponto da inefetividade processual de que hoje padece o sistema processual? De acordo com a explicação de Cristiano Isaia, a romanística passou a considerar tão-somente a segunda fase, diante do *iudex*, como caracterizadora da atividade jurisdicional. Logo, jurisdição passou a ser sinônimo de juízo *declaratório*, restando os pretores e seu

[284] Consultem-se: DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

poder de *imperium*, juntamente com os procedimentos interditais, esquecidos no tempo, e sendo substituídas todas aquelas características inerentes ao *per formulas* pela generalização da *actio*, pela cognição exauriente e, claro, pela plenariedade. Ao lado do esquecimento da atuação dos pretores – e aqui Cristiano se utiliza dos ensinamentos de Vittorio Scialoja –, evidenciou-se, então, cada vez mais, a ampla liberdade do *iudex* para julgar, servindo as atividades das partes perante ele tão-somente para *iluminar sua consciência*, passando esta, a consciência, a ser o *elemento fulcral*, na expressão de Isaia, no processo de tomada das decisões. É de se notar que, em que pese, nesse período da história, não se falar ainda no *sujeito da modernidade* – que, como se sabe, aparece com René Descartes -, aí já se encontrava presente a subjetividade, ou seja, a possibilidade de escolhas, que, como também se sabe, continua, em plenos tempos de Estado Democrático de Direito, a assombrar o cotidiano das decisões judiciais, o que, no entanto, acaba passando despercebido inclusive pelas teorias que se propõem a desenvolver métodos para uma aplicação *controlada* do direito, as denominadas teorias *pós-positivistas*, como é o caso da teoria desenvolvida por Robert Alexy[285], por exemplo[286]. Nesse

---

[285] Consultem-se: ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Versión castellana Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; ALEXY, Robert. Theorie der juristischen argumentation. Frankfurt: Surkamp, 1978.

[286] Robert Alexy, embora possa ser tido por alguns juristas como um autor perfilhado ao paradigma pós-positivista ou ao paradigma hermenêutico, não o é. Alexy filia-se, sim, ao *racionalismo discursivo*, desenvolvendo uma *teoria da argumentação*. Uma boa crítica da teoria de Robert Alexy é feita por Francisco José Borges Motta. Após análise da teoria alexyana (distinção estrutural entre regras e princípios; abertura do direito à moral pela institucionalização dos direitos fundamentais; preocupação de descobrir os direitos que as pessoas têm; conceito de norma; vinculação entre norma e argumentação; noção de princípio como *mandamentos de otimização*; *colisões de princípios*; desdobramentos do *princípio da proporcionalidade* etc.), Francisco Motta, a partir de Arthur Kaufmann e Lenio Streck, demonstra que a teoria da argumentação não supera o positivismo, pois acaba apostando na *suficiência ôntica* da regra, que seria um *receptáculo de sentidos*, ou nas condições privilegiadas do sujeito, que então assujeitaria o objeto conforme as possibilidades de sua consciência. Nesse aspecto, a teoria da argumentação é anti-hermenêutica (Kaufmann), o que não implica que a hermenêutica seja anti-argumentativista. Daí a advertência de Ernildo Stein e Lenio Streck no sentido de que *a hermenêutica e as teorias da argumentação operam em níveis de racionalidade distintos. Enquanto a primeira funciona como um "vetor de racionalidade de primeiro nível" (estruturante), (...) a segunda opera no plano lógico, apofântico, mostrativo*. Resumindo: a teoria da argumentação não substitui a hermenêutica filosófica, pois não há um modo procedimental de acesso ao conhecimento. Sentidos não estão nas coisas. Eles se dão *intersubjetivamente*, como diria Lenio. Em outras palavras, com o *método* só se lida a partir da pré-compreensão, que escapa ao sujeito e ao assujeitamento! Nesse sentido, MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010. Outras críticas importantes a Alexy são feitas por: MORAIS, Fausto Santos de. Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016; DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Direitos fundamentais e teoria discursiva: dos pressupostos teóricos às limitações práticas. Salvador: Juspodivm,

contexto, tradição, coerência e integridade do direito continuam não fazendo parte do Direito Processual e, por conseguinte, das decisões judiciais, prenhes que são de discricionariedades e subjetivismos.

O que Cristiano demonstra, portanto, é que, por mais que na atual quadra da história o Direito tenha passado a ser havido não apenas como um sistema de regras, mas como um sistema de princípios – o que, segundo autores como Ronald Dworkin, Lenio Streck, Francisco José Borges Motta[287], Rafael Tomaz de Oliveira[288], Maurício Ramires[289], Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius de Melo Lima[290], entre outros, possibilitaria coibir arbitrariedades decisórias, integrando o direito à moralidade institucionalizada e fechando a porosidade das regras -, e por mais que tenhamos um recente Código de Processo Civil, o CPC/2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), ainda continuamos, na práxis, frente ao decisionismo que era praticado no procedimento *apud iudicem*, pelo *iudex*, do período *per formulas* romano. Ou seja, nada mudou! E a origem de tudo isso está lá na história do processo romano. Veja-se que há uma fase, um período destes da história do Direito romano, que é crucial para o bom entendimento dos porquês da inefetividade do processo. É o período da *extraordinaria cognitio*. Cristiano Isaia, ao dissertar no sentido de que o sistema processual da *extraordinaria cognitio* desenvolve-se na sequência do período *per formulas*, exatamente na época da derrocada do Império e do Direito romano, aponta para o fato de que tal direito passa a ser vulgarizado e concebido por leigos em direito ou práticos e professores com pouca formação profissional. A consequência de tudo, por conseguinte, passa a ser

---

2018; DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. 2. ed., rev. e at. Salvador: Juspodivm, 2018.

[287] MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010; MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivm, 2017.

[288] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[289] RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[290] COSTA, Marcelo Cacinotti; LIMA, Vinicius de Melo. Decisão judicial e democracia: por uma ética de responsabilidade no direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

a de um direito mal interpretado, *falsificado*. O Cristianismo, então, entrará em cena fazendo sua parte no sentido de alterar a *planificação* do Direito Privado, introduzindo caracteres morais e religiosos que irão mudar o direito precedente, passando o imperador – e isso fica patente em Justiniano - a concentrar poder ilimitado, apoiado no *corpus iuris civilis*, que, por sua vez, passa a ser considerado o *livros dos juízes*, em substituição às demais obras até então utilizadas[291]. É nessa fase que o processo é instituído como processo público, como instrumento de propriedade do Estado, passando a jurisdição a ser função própria e exclusiva do Estado. O grande protagonista, aqui, em termos de interpretação, passa, portanto, a ser o imperador, passando o direito, por sua vez, a ser mero *instrumento de governo*. A supressão do poder interdital dos pretores e a universalização da *actio* condenatória - tudo influenciado pelo cristianismo que, tendo por valores a piedade, clemência, humanidade, moderação etc., entendia fundamental assegurar ao réu um conjunto imenso de defesas das mais diversas espécies – acabou fazendo, então, da jurisdição uma jurisdição carente de *força executiva*, de poder de *imperium*, restando, assim, reduzida à função de declaração. E é isso que, para o infortúnio daqueles que atualmente defendem um processo efetivo, que tutele direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos *lato sensu*, a processualística acabou por incorporar e que, hoje, passados mais de mil e quinhentos anos, ainda teima em resistir.

Um dos pontos importantes levantados na obra de Cristiano Becker Isaia – e daí mais uma razão para a constante menção ao seu texto - diz

[291] Reprisando as considerações de Biondo Biondi em *Diritto romano cristiano*, Ovídio Baptista da Silva lembra que, ao se ler a legislação romana pós-clássica e ao compará-la com a legislação que a precedeu, a impressão que se colhe é de que ingressamos num *mundo novo*. Enquanto os reescritos de Diocleciano reafirmam e pressupõem a tradição jurídica clássica, a nova legislação, em forma e substância, separa-se nitidamente da legislação precedente. Parece que tais leis, assim, ignoraram o direito precedente e que, a partir de Constantino, o primeiro imperador cristão do Império, a transformação operada no Direito Romano, por ampla e profunda, torna impossível uma investigação histórica que compreenda numa mesma unidade orgânica, o direito romano clássico e o direito de Justiniano. Portanto, ao contrário do que se possa imaginar, como diz Ovídio, nossos vínculos com o direito romano são inteiramente intermediados pelo espírito cristão que plasmou o direito do último período romano, permeando-o com outros princípios e lhe injetando novos valores, inteiramente diversos e às vezes antagônicos aos valores e princípios formadores do direito romano clássico. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

com as tradições da *civil law* e da *common law*, e como estas foram influenciadas pelo Direito romano. Enquanto a tradição da *civil law*, de que faz parte a processualística brasileira, herdou um modelo jurisdicional fundado no direito justinianeu vulgarizado e na figura do *iudex* - o que impossibilitou uma prática interdital do direito, sobrelevando, por outro lado, a submissão mecânica do magistrado, como funcionário do Estado e burocrata, à lei, bem nos moldes do positivismo legalista e do racionalismo iluminista -, a tradição da *common law*, ao contrário, foi influenciada diretamente pelo Direito romano clássico, guardando, portanto, íntima conexão com o direito jurisprudencial elaborado pelos juízes, em que os precedentes judiciários possuem importância e utilidade relevantes na decisão dos casos, resgatando com isso a função mais importante dos pretores: o poder de emitir interditos. É nesse aspecto que Isaia vê no Novo Código de Processo Civil uma das possibilidades de estabelecer zonas de contato entre ambas as tradições, constituindo, segundo ele, o exemplo mais significativo desse contato a aposta que o Código faz nos chamados precedentes judiciais que, como se sabe, possuem raízes na tradição da *common law*. Quem sabe aí esteja algo importante - e a ser lembrado – deixado pelos juristas romanos do período clássico e que possa vir a contribuir para iluminar a interpretação do Direito Processual pátrio atual.

Veja-se que, ao tratar dos desafios da jurisdição processual, que se assenta entre a sedução liberal racionalista e os anseios do Estado Democrático de Direito, Cristiano Isaia busca explicar como se deu a consagração do procedimento comum do CPC/2015, investigando o que ele chama de *obsessão* do processualismo moderno na busca da certeza e da verdade. Isso tudo nada mais é que a supremacia da razão como meio de acesso a uma *verdade absoluta*, bem nos moldes do preconizado pelo Iluminismo. O processo judicial, os juristas e todo o direito, assim, são profundamente influenciados por essa ideia que, no fim das contas, leva a não se pensar no direito como solução normativa para problemas práticos, mas, como ensina e critica Castanheira Neves, como um *sistema normativo-prescritivo-abstrato*, *antecipado* e *logicamente construído*. É o positivismo

jurídico imperando, desenvolvendo soluções para os problemas do direito a partir da redução sistemático-conceitual da realidade. A lei, nesse paradigma, não passa de uma proposição matemática, e o processo é uma mera equação algébrica que admite uma verdade, sendo os juízes os operadores de tal método que lhes dá a tranquilidade de poderem decidir sem qualquer responsabilidade.

Aqui, necessariamente merece referência a figura de Ovídio Araújo Baptista da Silva. Foi ele, Ovídio, quem soube fazer muito bem a leitura do Direito Processual Civil a partir do racionalismo presente no século XVII[292]. Foi Ovídio quem advertiu ser o processo de conhecimento uma *relíquia* construída com base na ideia e exigência de que a verdade advém do juízo de certeza logo após o debate judicial. Essa verdade, para o são-borjense Ovídio, não tem qualquer comprometimento com a justiça do caso. Essa verdade é simplesmente decorrente de um método, da demonstração e da dedução rigorosa, características de uma geometrização do direito, cujo reflexo é a cisão entre o *mundo dos conceitos* e o *mundo dos fatos*, bem nos moldes daquilo que pregava o empirista John Locke, que entendia ser possível demonstrar concepções morais tal como ocorre na matemática. Ora, bem sabemos que, para o empirismo, o conhecimento começa pelas sensações. O empirismo, portanto, não trabalha com o conhecimento histórico, com a hermenêutica. Logo, se a compreensão é sonegada, e se o que vale, para Locke, são as definições, o direito, que teria de ser compreendido interpretado, enfim, aplicado – lembremo-nos com Hans-Georg Gadamer[293] de que tal cisão não existe -, passa a ser definido (e encontrar sentido) tão-somente nas proposições jurídicas, e não nos fatos. Afinal de contas, proposições jurídicas nos dão segurança, e isso é o que interessa

---

[292] Consulte-se, por exemplo, SILVA, Ovídio A. Baptista da. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. Sentença e coisa julgada. 4. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[293] Em Gadamer, ensina Lenio Streck, a linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos – deixando, assim, de *estar à disposição do intérprete* - para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido. Tampouco o intérprete interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica; primeiro a *subtilitas intelligendi*, depois a *subtilitas explicandi*; e, por último, a *subtilitas applicandi*. Claro que não! Gadamer vai deixar isto muito claro quando diz que esse três momentos ocorrem em um só: a *apllicatio*. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 212.

para uma sociedade que se caracteriza por ser excludente e concentradora de poder.

Um alerta importante é feito por Cristiano Isaia a partir de Castanheira Neves: há que se ter cuidado na radicalização da *fungibilização do fático*. Dito de outro modo, em especial no atual momento por que passa a comunidade jurídica, com um novo CPC, não podemos querer a construção de sentenças e decisões *objetivas* que, eliminando o compromisso ético dos juízes, esqueçam-se da singularidade dos casos. Ora, se, como defendo, o processo civil não se desgarra da uma *filosofia no processo* (Streck), não é possível interpretar o Código como se estivéssemos fora dessa filosofia, fora de uma linguagem, como se pudéssemos submetê-las, filosofia e linguagem, a nossa subjetividade. É bem verdade que, desde 1994, temos a possibilidade, no Direito Processual brasileiro, de contar com julgamentos provisórios de mérito – vide as antecipações de tutela e tutelas inibitórias, previstas nos artigos 273 e 461 e 461-A, ambos do CPC/1973. Também é verdade que o atual CPC, embora não tenha alcançado uma *situação confortável*, como diz Cristiano Isaia, com relação ao tema, admite julgamentos provisórios de mérito antes da sentença final, caso do art. 356 do novo estatuto. O problema todo é que tais decisões continuam sendo tratadas como se interlocutórias fossem, bastando para confirmar tal afirmação o fato de que o recurso contra elas cabível continua sendo o agravo. A leitura que Cristiano faz dessa situação obriga, assim, a investigar as primeiras linhas do Direito moderno, ou seja, como elas foram elaboradas e qual a posição do Judiciário nessa elaboração. E isso implica trabalhar o conceito moderno de Estado, pois só a pré-compreensão da trajetória do Estado moderno e do seu conceito político, o que se dá em meados do século XVII, possibilita compreender o Direito Processual Civil e a jurisdição. E aí encontraremos a figura de Thomas Hobbes, o homem do *contrato social*, que vê a necessidade de um pacto entre os homens para que possam preservar as suas vidas. Também encontraremos Locke, reafirmando a necessidade de um pacto que preserve direitos naturais preexistentes ao Estado. O contrato social é a antítese do

individualismo. É a união política – que se vê não só em Hobbes e Locke, mas em Montesquieu e Rousseau -, asseguradora de um consenso, que tornará possível o nascimento do Estado como concentrador da utilização dos recursos humanos e do poder. É o recurso à razão, que se enxerga muito claramente em Hobbes, que irá construir – acrescento aqui *preservar* - a ordem social. É a transferência mútua de direitos entre os indivíduos, ou seja, o contrato, que colocará no Estado a justiça, instituindo, então, o poder civil para obrigar os homens a cumpri-lo. É em Hobbes que podemos constatar uma influência decisiva para o constitucionalismo moderno, pois, para ele, o direito tem referência ao próprio sujeito do qual emana. E isso remonta à noção moderna de direito como poder e liberdade, própria do movimento liberal-político-jurídico que serviu de fundamento para os sistemas constitucionais de direitos fundamentais. E aqui também entrará Locke: o movimento liberal nada mais é que uma reação da razão contra os abusos de poder por parte do Estado. E esse combate aos abusos do poder, em especial da monarquia, é que levou por fomentar a necessidade da divisão das funções em função executiva, legislativa e judicial, que, mais tarde, foi teorizada por Montesquieu e que, definitivamente, veio a tomar assento destacado na história do constitucionalismo moderno. Não esqueçamos ainda de Rousseau, o pensador romântico que acreditava na bondade do homem e na possibilidade da fundação de uma nova sociabilidade resultante de um contrato social por meio do qual os cidadãos pudessem alcançar a verdadeira liberdade. O Estado seria o resultado desse ato associativo, a unidade, um corpo moral e coletivo, composto de membros em assembleia, mas unitário.

O constitucionalismo liberal do século XVIII, preocupado em proteger o indivíduo contra os abusos do Estado e de outros indivíduos, está na origem dos direitos fundamentais que hoje se encontram nas modernas constituições. Mas, evidentemente, as constituições do Estado Liberal são fundadas na liberdade do indivíduo, sendo, então, o Estado considerado um Estado absenteísta. E isso, juntamente com o positivismo legalista – veja-se que o positivismo *normativista* tem origem posterior, em Hans

Kelsen -, irá influenciar o Direito Processual, notadamente no que diz com as dificuldades por que passa esse ramo do Direito ao lidar com direitos coletivos e difusos. Em sentido contrário, o constitucionalismo do final do século XIX e início do século XX, marcado pela luta de classes, pela inspiração socialista, fundado na coletividade e não no indivíduo, dará lugar a um Estado interventor, vinculado à questão social. Também aqui haverá reflexos no Direito Processual Civil, em especial no que diz com a perspectiva socializante do processo. O que Cristiano Isaia deixa claro, porém, é que, de fato, o processo ainda mantém-se atrelado ao constitucionalismo liberal, o que não impede a nós, juristas, em tempos de Estado Democrático de Direito, lançar um novo olhar sobre a jurisdição e o processo. A investigação histórica, desde o Direito romano, passando pelo racionalismo do século XVII e chegando até os constitucionalismos modernos, sejam eles de cunho liberal ou social, possibilita compreender o atual CPC e lançar luzes sobre o que se espera da atuação jurisdicional.

As influências do movimento estatal liberal no Direito processual, é claro, foram e ainda são determinantes. Basta tomar uma ou outra doutrina para confirmar aquilo que Cristiano Isaia afirma ao longo da obra referida. Fiquemos aqui com Montesquieu. Em Montesquieu, a separação dos poderes reduziu o Judiciário a um poder submisso, a um reprodutor das palavras da lei. A consequência disso, no plano processual, encontraremos na doutrina de Giuseppe Chiovenda[294], que vê a atividade jurisdicional como atividade *secundária*, em que o juiz é um reprodutor da vontade da lei. O novo CPC, porém, pode ser lido noutra ótica, hermeneuticamente. É que nele há mitigações a esse caráter determinante do liberalismo processual; há limitações à concepção de *Estado-Gerente* (Châtelet), cujo modelo jurisdicional é o de um juiz filiado à subsunção, ao direito posto. Lembro aqui, por exemplo, o banimento pelo CPC/2015 do livre convencimento dos juízes e da instituição das medidas de antecipação

[294] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição. As relações processuais. v. II. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 3.

da tutela, que no atual Código passam a ser integrantes das chamadas tutelas provisórias.

O século XIX é o século do desenvolvimento da ciência processual. Bülow, Wach, Windscheid, Savigny, entre outros, são os expoentes de uma ciência que cindiu o processo do direito material, e que apostou no tecnicismo. A sedimentação do processo de conhecimento, de cunho declaratório, é resultado da ignorância da concomitância entre a ação de direito material e a ação de direito processual. O século XX, por sua vez, é o século da instrumentalidade do processo, dos valores, e, consequentemente, do solipsismo judicial. E isso não fez bem para a democracia, pois se continuou a apostar no Estado-Gerente, no Juiz Júpiter (Ost[295]). O processo civil do século XXI, no entanto, deve ter por fundamento um agir jurisdicional que dê relevância aos direitos subjetivos fundamentais constitucionais. E isso, segundo Cristiano Isaia, implica *religar* os vínculos do Direito Processual com a Hermenêutica, rompendo com uma prática

---

[295] François Ost apresenta uma tese sobre os três modelos de juízes (Júpiter, Hércules e Hermes) que possibilita identificar aqueles juízes submetidos a rotinas e os que vivem na *angústia* (no sentido de que trata Martin Heidegger). O juiz Júpiter representa o modelo liberal-legal. É o juiz do direito codificado, articulado de forma hierárquica e piramidal, reduzido à simplicidade de uma *obra única*. Sua atuação baseia-se na ideia de legalidade como condição necessária e suficiente para validar a regra; é uma atuação racionalizada, dedutiva, linear, solucionando conflitos a partir da dedução de regras gerais, em suma. Já o juiz Hércules é aquele que leva em consideração a tradição moral da comunidade. Hércules é um juiz *superior*, pois tem capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade, guiando-se pelo princípio da *integridade* para prestar jurisdição. É pela integridade que *enxerga* o direito em sua completude, de forma coerente e estruturada. Para Hércules o Direito é um fenômeno complexo. Segundo Ost, no entanto, Hércules pecaria por ser *monopolizador* da jurisdição, caindo, então, no decisionismo porque pretende regular judicialmente *interesses privativos* ao invés de simplesmente assegurar a *aplicação mais correta da lei*. Por fim, o juiz Hermes é aquele que *trabalha em rede*, considerando o Direito em todas as suas possibilidades, com combinação infinita de poderes interligados, de atores e regras, que não se deixa *aprisionar* por um código ou uma decisão. Em suma, segundo Ost, Júpiter vincular-se-ia às convenções; Hércules, ao decisionismo; Hermes, ao caráter *reflexivo* da jurisdição. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: Revista Doxa, cuadernos de filosofía del derecho. n. 14. Alicante, p. 169-194. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf . Marcelino da Silva Meleu, em obra que tive a honra de prefaciar (orientei também a dissertação, de que resultou o livro), busca apoio em Lenio Streck para criticar alguns dos ataques promovidos por Ost à figura de Hércules, em especial. Isso porque, segundo Meleu, no Estado Democrático de Direito, o positivismo se enfraquece e dá lugar aos princípios que, por sua vez, permitem o encontro do direito com a moral, como defende, por exemplo, o Professor Lenio. Nesse sentido – e a crítica aqui também vem de Streck -, Hércules é a antítese do juiz discricionário, solipsista e assistencialista, porque entende que a prática do direito deve pautar-se pela coerência e integridade, o que Ost não conseguiria ver. Para concluir o ponto, Marcelino Meleu invoca a figura do juiz *medíocre*, burocrático, sem atitude e, portanto, *irresponsável*. O juiz medíocre submete-se à rotina e, ainda que entenda que fazer justiça é seu dever, cumpre o *triste ofício* de jamais efetivá-la. Ao contrário, diz Marcelino com base em Ingenieros, muitas vezes a dificulta. Como contraponto ao juiz medíocre, Marcelino Meleu apresenta o juiz *idealista angustiado*, jamais imparcial frente à Constituição e que jamais se *esconde* atrás da norma, esta entendida no sentido de regra. MELEU, Marcelino da Silva. O papel dos juízes frente aos desafios do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

processual positivista, calcada no método e redutora da jurisdição a uma atividade meramente declarativa de direitos. O CPC/2015 apresenta algumas das condições de possibilidade para que isso ocorra. Isso, claro, por um lado. Por outro, os decisionismos podem aumentar. O exemplo dado por Cristiano diz com a previsão do § 2º do art. 489 do CPC, possibilitando ponderações em casos de *conflitos normativos* – o que, segundo autores como Lenio Streck, serve para que o juiz, de antemão, escolha subjetivamente quem tem razão – e mantendo a processualística refém do paradigma racional em que o juiz é o protagonista do processo. De minha parte, penso, com Cristiano, que é com olhos críticos que também devem ser lidas as inovações legislativas que dizem respeito à técnica dos precedentes judiciais, previstas nos artigos 926 e 927, ambos do CPC/2015. Para Cristiano Isaia, o dispositivo que dispõe que, ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação - § 2º do art. 926 -, é *louvável*. Cristiano, todavia, não é ingênuo e, como homem do foro e acadêmico, sabe que decisões não nascem como precedentes, mas que estes se constituem historicamente, pelas mãos de outros juízes que invocam decisões passadas nos casos futuros. Daí o cuidado para que não venhamos a cair na *utilização metafísica* de súmulas e orientações jurisprudenciais, como ocorre de costume na práxis processual pátria. Segundo Cristiano Isaia, aliás, fica patente no novo CPC a influência do pensamento de Ronald Dworkin no que diz com o tema dos precedentes judiciais. O dever de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, coerente e íntegra, consoante o caput do art. 926, é a prova disso. É o novo código cedendo a uma *filtragem jurídico-filosófica* que lhe conferirá legitimidade jurídico-social. É o processo civil voltado à filosofia no processo e às respostas adequadas à Constituição. Daí a importância em se falar em uma filosofia no processo diante da necessidade de compreensão dos fundamentos do CPC/2015; a importância de nos voltarmos para o mundo prático e a uma filosofia que justifique a existência do próprio Código de Processo Civil que não mais pode ser pensado em termos de *reducionismo metodológico*.

Cristiano defende aqui uma substancialização do Direito Processual Civil, que tem na Constituição sua base de juridicidade. Entraria em cena, então, a Hermenêutica Filosófica como condição de possibilidade para ontologizar, no sentido heideggeriano, a jurisdição e o processo, que já não mais podem ser compreendidos isolados da noção de Constituição e do paradigma do Estado Democrático de Direito, como, aliás, defendi em meu *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*[296].

Para Cristiano Isaia, pensar o CPC/2015 – e, consequentemente, o Direito Processual - é pensá-lo como resultado de um projeto constitucional. É *levar a cabo* o projeto constitucional. Daí a importância da filosofia, da linguagem, esta entendida com condição de possibilidade da compreensão. É na linguagem que o sujeito solipsista dá lugar ao sujeito mediado pela práxis intersubjetiva respeitadora da tradição e do caso concreto. Os fundamentos do novo CPC, assim, podem ser compreendidos adequadamente se compreendermos qual o lugar ocupado pela Constituição e pelos casos concretos no ambiente processual; qual a importância da história, da tradição, do que representam, por exemplo, os precedentes judiciais. Além disso, também entram em jogo aqui a necessidade de que a compreensão ultrapasse o mero conhecimento, de que os princípios constitucionais sejam corretamente aplicados e de que sejam assegurados, portanto, contraditório, participação, não-surpresa, coerência, integridade etc. A Hermenêutica Filosófica (Gadamer), desdobrada da Filosofia Hermenêutica (Martin Heidegger), constitui a condição de possibilidade para que isso ocorra. A Hermenêutica Jurídica é devedora da Hermenêutica Filosófica. Apenas os que não leram, ou leram e não entenderam Gadamer, é que ainda não compreenderam isso. Em *Verdade e método*, Gadamer[297] apresenta-nos páginas e páginas sobre a Hermenêutica Jurídica, sobre seu vínculo com a Hermenêutica Filosófica. Então, não há por que não

[296] HOMMERDING, Adalberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[297] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999; GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

trabalhar com tais aportes no âmbito do Direito Processual Civil, tese adotada por Cristiano Isaia e que, inclusive, foi por mim defendida quando do meu Doutoramento em Direito no já distante ano de 2005. A Hermenêutica – desde Hermes, desde o Crátilo, passando pelo protestante Danhauer, por Wilhelm Dilthey e por Friedrich Schleiermacher, e chegando até Heidegger e Gadamer – contribui para que possamos encontrar fundamentos suficientes para, com o atual CPC, defender a necessidade de um juiz que seja *ser-no-processo*, como diz Cristiano, juiz que respeite a tradição autêntica, *o romance em cadeia* (Dworkin), e que, inserido na situação hermenêutica, seja capaz de resgatar a razão prática da discussão jurídica que deve ser trazida para dentro do processo. Juízes não são os *donos dos sentidos*. Juízes devem respeito à tradição, à Constituição e seus princípios. Juízes são *pulverizadores* do poder. Sem essas noções não há democracia.

V

O Direito Islâmico

1. Considerações gerais

O Direito Islâmico (ou Direito Muçulmano ou, ainda, Direito *Mussulmano*[1]) é o terceiro grande sistema jurídico mundial[2]. Está ao lado do *Common Law* e do direito codificado[3].

A religião islâmica surgiu na Arábia no século VII d. C. Até então a religião era politeísta. Evoluiu para o monoteísmo por influência de religiões como o judaísmo e o cristianismo, que eram as religiões de regiões próximas[4].

O atual Direito islâmico é o resultado da sobreposição de uma doutrina religiosa relativamente avançada aos costumes de uma sociedade

---

[1] Ao invés das grafias *muçulmano* e *Islã* parece ser preferível utilizar *mussulmano* e *Islam*. Consoante Olavo de Carvalho, as formas *mussulmano* e *Islam* são quase transliterações, fieis à raiz trilítera de ambas essas palavras, *slm* (de onde vem *saláam*, paz). Na religião islâmica a grafia das palavras tem um uso ritual e um profundo sentido simbólico – similar ao hebraico – que, segundo Carvalho, se perde por completo nas adaptações arbitrárias feitas por legisladores gramaticais que, portanto, as consideram corretas. CARVALHO, Olavo. O jardim das aflições: de Epicuro à ressurreição de César: ensaio sobre o materialismo e a religião civil. Campinas: VIDE Editorial, 2015, p. 171. Nesse mesmo sentido, BESSON, Sylvain. A conquista do ocidente: o projeto secreto dos islamitas. Tradução de Felipe Lesage. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018, p. 11-12. No transcorrer deste texto, ambas as formas *muçulmano* e *mussulmano* aparecem, pois não me preocupei em utilizar uma em detrimento da outra. O mesmo ocorre com as palavras *Islã* e *Islam*.

[2] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 399.

[3] Ao lado dos sistemas de *Common Law* e de direito codificado, além do direito muçulmano, René David inclui também o direito hindu entre os grandes sistemas contemporâneos de direito. DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 23.

[4] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 118.

tribal relativamente primitiva (a do *Egiaz*)[5], em que tribos desarticuladas, sem objetivo econômico, *locomoviam-se pelas planícies de tufos de árvores; de um poço para outro, de uma aventura para outra aventura*[6]. Essa sociedade, porém, já estava exposta à influência cultural e jurídica de persas, hebreus e cristãos[7], sem que o semitismo tivesse conseguido fincar os alicerces de um império, mesmo passado um milênio[8]. Essa sobreposição de ordenamentos jurídicos distintos levaria, então, a interpenetrações[9].

O deus árabe é *Alá* (*Al Jlah*), o *guardião da ordem moral*. *Islã*, aliás, significa *total submissão a Deus*[10]. *Maomé* (cerca de 570-632), um *cameleiro*, um *khabir*[11], é o profeta de Alá. Maomé vem depois de Adão, Noé, Abraão, Moisés, David e Jesus[12]. É o último dos enviados de Alá. O arcanjo Gabriel teria revelado a Maomé os princípios da religião islâmica, adequados àquele tipo particular de sociedade[13]. Ao mesmo tempo, esses preceitos

[5] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 399-400.

[6] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 89.

[7] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 399-400.

[8] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 89.

[9] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 399-400.

[10] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 399.

[11] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 89.

[12] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 118.

[13] Nas palavras de Demétrio Magnoli: *"Só há um Deus, que é Alá, e Maomé é o seu profeta." A voz do anjo Gabriel transmitiu essa mensagem a Maomé no ano 610. A partir da Noite do Destino, como ficaria conhecida, o profeta recebeu várias outras revelações e passou a pregar a nova fé monoteísta na cidade de Meca. O monoteísmo de Maomé difundiu-se entre os pobres de Meca e diversas tribos do deserto, alarmando os sacerdotes dos cultos dominantes da cidade. Em 622, perseguido, o profeta abandonou a cidade e refugiou-se em Iatreb no episódio conhecido como Hégira. O islamismo logo tornou-se predominante em Iatreb, que passou a chamar-se Medina (a cidade do profeta). Então, Maomé organizou seus seguidores e proclamou uma guerra santa (jihad) contra os senhores de Meca. Em 630, as forças do profeta conquistaram Meca. Dois anos depois, à frente de dezenas de milhares de seguidores, Maomé realizou uma peregrinação coletiva a Meca e retirou da Caaba os ídolos politeístas, deixando apenas a Pedra Negra. Esse ato instituiu a nova religião monoteísta e concluiu a unificação política das tribos da península*. MAGNOLI, Demétrio. Relações internacionais: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 299.

foram codificados num texto sagrado: o *Corão* (ou *Alcorão*)[14]. O Corão reflete diretamente a vontade divina e não pode ser inovado pelo homem. O Corão é o texto fundamental do direito islâmico clássico. Será apenas no século XIX que codificações de origem europeia virão fazer *companhia* ao Alcorão, o que não significa que ele será substituído em definitivo por tais codificações[15].

O direito islâmico tem uma concepção totalmente diferente das concepções jurídicas próprias do nosso direito[16]. Pra começar, o texto do Corão é escrito em árabe. O direito islâmico, portanto, sofre a influência da língua e da cultura árabe. Há muitas dificuldades, então, para traduzi-lo para o alfabeto latino, por exemplo. A mentalidade árabe, por ser mais algébrica que geométrica, tende a agregar noções, e não a sistematizá-las. Não é possível, assim, abordar os princípios fixados no Alcorão com uma mentalidade cartesiana ou euclidiana. No direito islâmico, ensina Mario Losano[17], o jurista ocidental *perde-se* nas infinitas especificações que, dos princípios corânicos, se ramificam nas aplicações concretas. O direito muçulmano, assim, oferece, pela primeira vez na história da civilização, o aspecto de um *sistema filosófico desenvolvido a partir de princípios fundamentais*. René David[18] lembra que, antes do século XIX, as universidades da Europa negligenciaram de modo quase total os costumes ou direitos nacionais para, assim, ensinar um *direito ideal*, elaborado sobre a base do

[14] O monoteísmo islâmico é mais absoluto que o cristão. Para os muçulmanos, Deus não tem filhos, pois isso não seria coerente com a sua unicidade. Maomé é o principal profeta, mas, ao contrário do Jesus dos cristãos, não é filho de Deus. O Corão, livro sagrado dos muçulmanos, contém as revelações recebidas por Maomé e é a única palavra direta de Deus. Mas não foi escrito por Maomé, e sim pelo califa Otman, o terceiro sucessor do profeta, em 652. MAGNOLI, Demétrio. Relações internacionais: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 299.

[15] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 400.

[16] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 399.

[17] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 400-401.

[18] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 22.

direito romano, *o único*, diz David, *que a seus olhos merecia o nome de direito*. Paralelamente, nos países muçulmanos, a atenção concentrou-se num *sistema ideal*, o do direito muçulmano, ligado à *religião do Islã*: os costumes locais são considerados fenômenos de puro fato; leis e ordenanças dos príncipes são consideradas como medidas de administração, expedientes de alcance local e transitório, que, segundo David, não atingem plenamente a *dignidade* do direito.

O direito islâmico está subordinado ao ritual religioso. A ciência jurídica, por isso, é vinculada à teologia. Enquanto para o nosso direito, cujas categorias jurídicas são europeias, vigora uma lógica binária *lícito/ilícito*, para o direito islâmico o ato jurídico pode ser *obrigatório*, *recomendado*, *permitido*, *reprovado* e *proibido*[19]. As fontes do direito islâmico são teológico-jurídicas. Não existe a figura do jurista nos moldes do Ocidente. Há o *teólogo-jurista*, o *alim*, que é o perito em *fikh* (ou *Figh*)[20]. O *fikh* é o *direito islâmico em sentido estrito*[21]. O direito islâmico sempre foi uma atividade individual e informal. Apenas em 1896 é que veio surgir no Egito um currículo de estudos destinado à obtenção do título de *alim*[22].

O conjunto de normas religiosas, jurídicas e sociais diretamente baseadas na doutrina corânica recebe o nome de *sharia* (ou *Châr'ia*). Na *sharia* convivem regras teológicas, morais, rituais e normas de direito privado, normas fiscais, penais, processuais e de direito bélico. A tradução de

---

[19] O direito islâmico é o conjunto de regras que rege todos os adeptos da fé islâmica, independentemente de onde se encontrem. Ele abrange todos os aspectos da vida humana, estabelecendo obrigações religiosas, morais e jurídicas, sem diferenciá-las de modo preciso. Veja que o árabe, língua franca do direito, não contém palavra para as noções distintas do moral e do jurídico. LAGE, Leonardo Almeida. *O Direito islâmico contém lições sobre pluralismo jurídico*. Acessível em https://www.conjur.com.br/2014-jul-07/leonardo-lage-direito-islamico-contem-licoes-pluralismo-juridico

[20] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 404.

[21] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 425-426.

[22] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 404.

Sharia é *via a seguir*, *lei revelada*[23]; significa, pois, *o caminho a seguir*, a *lei divina*[24]. Por isso, como explica Mario Losano[25], a *sharia* conserva uma conotação de *divino*. Ela prescreve aos crentes como devem agir. O direito muçulmano é inaplicável aos infiéis.

A *sharia* apresenta três dimensões[26]. Primeiramente, ela regula a relação do crente com Deus (o culto ou *ibada*), estabelecendo os deveres da pessoa muçulmana em relação a Deus e à religião. Esses deveres são os *pilares da fé*: a *shahada* – a fórmula falada, profissão de fé, dita por muçulmanos que professam sua crença na existência de um Deus único e na escolha de Maomé (*Mohamad*) como seu profeta; *salat*, ou oração, cinco vezes por dia; *hajj*, a peregrinação obrigatória a Meca; *siam*, o jejum feito durante o mês de *Ramadan*; *zakat*, um pagamento a ser feito para o benefício dos pobres. Veja-se que não há discordância entre as linhas sunita e xiita (ou *chiita*[27]) no que se refere a tais pilares[28]. Os muçulmanos xiitas, porém, acreditam na existência de *imãs* (líderes religiosos e também detentores de poder secular), únicos corretamente orientados e destinados a reger a *Umma*[29], a nação islâmica.

A *sharia* também organiza as interações sociais (*muamalat*). Essa é a segunda dimensão. Nesse contexto, as regras da *sharia* referem-se ao

---

[23] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 119.

[24] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 402.

[25] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 402.

[26] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

[27] A palavra árabe *Chi'a* quer dizer *partidário*. Os chiitas são chamados assim porque são partidários de Ali, genro do Profeta e seu sucessor, segundo a doutrina chiita. Os iranianos, por exemplo, qualificam-se como *djafaritas duodecimais*. DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 413.

[28] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

[29] Os fieis muçulmanos têm a missão de difundir o Islã, de modo que amplie a *umma*, ou seja, a comunidade islâmica definida pela submissão a Deus e pela obediência aos preceitos do Corão. Esse foi, desde o início, o combustível para a expansão islâmica. MAGNOLI, Demétrio. Relações internacionais: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 300.

estatuto pessoal dos indivíduos, às relações familiares, comerciais e econômicas. Também estabelecem as infrações penais e punições correspondentes. Pensa-se comumente que elas organizam o sistema político no interior do Estado e pretendem regular as relações internacionais da comunidade muçulmana[30].

A terceira dimensão da *sharia* diz respeito à moral ou ética islâmica, embora concepções restritivas da *sharia* possam ver tais considerações – relativas aos preceitos morais, dirigidas à consciência de cada muçulmano, regulando a generosidade, a tolerância ou o altruísmo – como não realmente constitutivas do direito islâmico[31].

O *fikh*, por sua vez, é o conjunto de soluções preconizadas para obedecer à *Sharia*. O *Figh* é a *ciência* dos direitos e dos deveres do homem, das recompensas e das penas espirituais[32]. Ao contrário da *sharia*, o *fikh* conserva uma conotação de *humano*[33]. Em sua maior parte, é construído por especialistas, por meio de processos lógicos de dedução a partir das fontes do direito. Na metáfora islâmica tradicional, a ciência do direito é como uma árvore: *as quatro fontes são as raízes, a Lei revelada é o tronco, os ramos constituem as soluções especiais deduzidas da Lei revelada*[34].

O direito muçulmano, portanto, é um direito criado pelos sábios. Não é produto de legisladores e nem de juízes, mas produto dos esforços de produção sábia de estudiosos do direito e da religião islâmicos[35]. Segundo Rodolfo Sacco[36], o *bom muçulmano* atribui todo o direito à revelação divina

[30] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

[31] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

[32] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 119.

[33] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 402-404.

[34] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 119.

[35] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

[36] SACCO, Rodolfo. Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito. Tradução de Carlo Alberto Dastoli; revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 108-109.

e às outras raízes indicadas pela teologia. O *historiador desencantado*, porém, relaciona ao divino apenas uma modesta parte das regras islâmicas, atribuindo as outras à obra do *faqih*, do intérprete erudito, que condensou nos seus grandes livros distinções e conclusões sábias. A produção doutrinária, então, tornou-se respeitável por duas circunstâncias: o juiz islâmico não motiva e, assim, não estimula a extração da *ratio decidendi*, a memorização das sentenças, a imitação do precedente. Além disso, a área em que se pratica a *sharia* não é dotada de um órgão judiciário de cúpula, um tribunal superior, porque as pirâmides judiciárias pertencem a cada um dos Estados, e não à comunidade islâmica. Para Sacco, o direito islâmico seria o modelo mais perfeito de *criação doutoral do direito*.

Apesar de imutável, uma vez que subordinado a preceitos religiosos, o direito islâmico conseguiu sobreviver e se expandir graças a sua capacidade de conviver com outros direitos e à natureza de suas fontes. As fontes conseguiram passar a integrar as disposições do Corão mesmo sem inová-las formalmente[37]. Quais são, então, essas fontes? É o que se verá a seguir.

2. As fontes do Direito Islâmico

A doutrina, no geral[38], consagra quatro fontes do direito muçulmano: o *Corão*, livro sagrado do Islã; a *Suna*, ou tradição relativa ao *Enviado de Deus*; o *Idjmâ'*, acordo unânime da comunidade muçulmana; o *Qiyâs*, raciocínio por analogia.

2.1. A primeira fonte: o *Corão*

Corão (ou *Alcorão*, *Qorân*) deriva do verbo árabe *recitar em voz alta*. Nas palavras de Jayme de Altavila[39], o Corão encerra a *vantagem de ser*

---

[37] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 401-402.

[38] Por todos, DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 411.

[39] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 91.

lido num tom de recitação que obriga o maometano a lhe dedicar tôda a sua fôrça espiritual e impregnante, ao amavio de sua linguagem empolada. O livro contém 144 *suras*, que são capítulos, todos eles introduzidos com a fórmula *em nome de Deus, clemente e misericordioso*. O Corão contém a palavra de Deus, e não de Maomé. Maomé foi apenas o intermediário da revelação[40]. Segundo Altavila[41],

> A palavra que menos se lê no Alcorão é *lei*, mas compreende-se bem isso num povo em que a legislação não foi recolhida através das camadas sociais, não representou a conquista de muitos, não foi promulgada em centúria, não foi discutida em comícios, não foi elaborada pelos jurisconsultos e nem reclamada pela plebe. Alá inspirou a sua legislação a Maomé e êle a ditou aos discípulos.

Veja-se que o profeta reconhece as outras doutrinas, mas sem um *sentimento promulgativo de adoção*. *Não as nega*, diz Altavila[42], *não as condena, não as repudia, não as omite; simplesmente afirma que a sua verdade a tôdas supera*[43]. Os textos do *Qorân* são heterogêneos e escritos em prosa rimada. O Corão possui 6.237 versículos. Cerca de 10% se referem a temas jurídicos em sentido *lato*: direito de família, temas civilistas, direito penal, relações internacionais, procedimentos judiciários, direito público e direito econômico-fiscal[44]. Incontestavelmente, é a primeira fonte do direito muçulmano. As disposições de natureza jurídica que contém, porém, são muito insuficientes para regular as relações entre os

---

[40] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 404-405.

[41] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 94-95.

[42] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 91.

[43] No Estado islâmico, os crentes convivem com os infiéis, tolerados se seguem uma das religiões que Maomé considera reveladas, as chamadas *religiões do livro*, porque fundamentadas, como o Islã, numa *Escritura Sagrada*: os judeus, os cristãos, os zoroastrianos e os hindus. LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 427.

[44] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 405.

muçulmanos, sequer mencionando algumas instituições fundamentais do Islã[45].

2.2. A segunda fonte: a *tradição sagrada* (*sunnah*, *sunna* ou *suna*)

Maomé foi quem solucionou casos concretos e emitiu opiniões aptas a preencher de modo autêntico as lacunas do Corão. Uma *tradição* (*hadith*), explica Mario Losano[46], deve ser um relato transmitido por uma corrente ininterrupta de narradores confiáveis, tendo por objeto um comportamento de Maomé, cuja ação é inspirada por Deus. Ocorre que, no mundo islâmico, não existe uma opinião unitária e concordante sobre quais *hadith* devem ser consideradas confiáveis. Isso se confirma quando se observa, por exemplo, que uma coleção de *hadith* do século IX elenca 300.000, das quais apenas 8.000 são consideradas autênticas; outra, por sua vez, elenca 600.000, mas as consideradas autênticas não chegam a 3.000. Mais que isso, não existe consenso quando à indicação de quais *hadith* são autênticas e quais não são[47].

Algumas coleções de *Hadith* relatando comportamentos, palavras e até mesmo os silêncios do profeta, das quais se podiam extrair regras de comportamento não expressas no Corão, foram, de fato, preparadas no século XI. O conjunto dessas coleções é a *tradição sagrada*, a *suna* (ou *sunnah*)[48]. Ela é seguida pela maioria dos muçulmanos, que são os *sunitas*. Os sunitas reconhecem os já referidos *cinco pilares da sabedoria*: a profissão

---

[45] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 410.

[46] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 405.

[47] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 405-406.

[48] A *sunna*, tradição do profeta, corresponde aos atos e às falas do profeta, registrados a partir dos relatos de testemunhas confiáveis e recuperados por cadeias de comunicação (*hadith*). O silêncio do profeta também poderia fazer parte da *sunna*, pois, para alguns, em especial para os maliquitas, ele representaria a concordância tácita com as práticas da cidade de Medina. LAGE, Leonardo Almeida. *O Direito islâmico contém lições sobre pluralismo jurídico*. Acessível em https://www.conjur.com.br/2014-jul-07/leonardo-lage-direito-islamico-contem-licoes-pluralismo-juridico

de fé em Alá, a oração pública e privada, a obrigação da caridade, o jejum anual no Ramadã e a peregrinação a Meca[49].

Ao determinar os comportamentos admitidos, indiferentes ou proibidos aos fiéis, os sunitas incluem entre os comportamentos prescritos a obediência a quem detém a autoridade estatal, seja por decisão da comunidade ou por escolha de seu predecessor. Para os sunitas, a autoridade estatal não pode interpretar o Corão ou a suna para tomar decisões *políticas*. Aí está a diferença entre sunitas e xiitas. Os xiitas não reconhecem a sucessão de Maomé depois do quarto califa, como os demais muçulmanos. O governo do Islã, para os xiitas, deve, então, ser buscado na sucessão dos chefes espirituais (*imames*). O imame, tenha ou não tenha um poder temporal, sempre é inspirado por Alá. Quando o imame detém também o poder temporal, sua autoridade espiritual gera a gestão teocrática do poder. É o que ocorreu com a revolução khomeinista do Irã em 1979. Já os sunitas não aceitam tal concepção e distinguem o poder espiritual do poder temporal[50].

2.3. A terceira fonte: a opinião concordante da comunidade (ijma)

A *ijma* (*igma* ou *idjma*) é a opinião concordante da comunidade. Nem sempre o Alcorão e a suna, ainda que interpretados segundo técnicas minuciosas, resolviam todos os problemas[51]. Tampouco as opiniões da cada

---

[49] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 406.

[50] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 406. O Islã, apesar da sua profunda unidade básica, divide-se em diversas seitas. As mais importantes, tanto do ponto de vista demográfico quanto do político, são a sunita e a xiita. O quarto califa, Ali ibn Abu Talib, genro de Maomé, foi assassinado em 661 e, com o apoio da maioria dos líderes islâmicos, o cargo passou para Moawiya. Os seguidores da maioria formaram a seita sunita, que atualmente constitui a imensa maioria do islamismo. Os sunitas consideram que a fonte essencial para a lei islâmica é a Suna, a compilação da vida e do comportamento do profeta. A minoria formou a seita xiita. Os xiitas acreditam que só os membros do clã de Maomé poderiam liderar os muçulmanos. Ao contrário dos sunitas, que não atribuem qualidades divinas ao líder religioso, os xiitas atribuem ao imã uma proteção sobrenatural contra o erro e o pecado. MAGNOLI, Demétrio. Relações internacionais: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 299.

[51] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 407.

alim eram fortes o suficiente a ponto de *integrar* a palavra de Deus. É aí que entra o *consenso dos jurisperitos mais eminentes*, a *ijma*[52]. A comunidade dos jurisperitos, para o Islã, em especial para os sunitas, *não erra*. Esse princípio é comparável ao *dogma da infalibilidade* na Igreja Católica. Sua função, então, vem a ser comparada a do precedente jurisprudencial no *Common Law*, pois o consenso dos eruditos impõe um limite à arbitrariedade de cada juiz. Já para os xiitas a inspiração divina do imame é superior à opinião concordante dos jurisperitos[53].

Com o passar do tempo, o Alcorão e as coletâneas de *Sunnah* e *Hadith* foram cedendo lugar à *Idjma*. Isso, porém, não significou desvincular o direito da religião. Houve, sim, uma adequação do direito aos variados ritos a que se submetiam os povos islâmicos, surgindo diversas escolas de juristas. Dentre elas podem ser citadas as de *Hanafi*, de *Máliki*, de *Shafi* e de *Hanbalí*, existindo, ainda, os maometanos dissidentes, os *metonalis*, *schiitas* etc[54]. A participação dos juristas, ao lado de um direito religioso, foi desenvolvendo, então, um *direito laico* em matéria civil, penal, comercial, constitucional, processual etc. Tal fato, portanto, teria ensejado a introdução de regras do direito romano-germânico e da *common law* no sistema islâmico, embora as disposições do direito original restassem conservadas[55].

---

[52] A *igma* não foi aceita sem alguma resistência. É que existia o medo de que pudesse se caracterizar como legislação pelos homens. A validade do consenso como fonte do direito é, porém, atribuída a uma fala do profeta, segundo a qual seu povo jamais concordará em um erro. Na prática, não se fazia necessária a unanimidade entre todas as pessoas, mas somente entre os estudiosos. Consulte-se: SCHACHT, Joseph. An introduction to islamic law. Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 33-35. Também: LAGE, Leonardo Almeida. *O Direito islâmico contém lições sobre pluralismo jurídico*. Acessível em https://www.conjur.com.br/2014-jul-07/leonardo-lage-direito-islamico-contem-licoes-pluralismo-juridico

[53] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 407.

[54] Os *hanefitas*, explica Haroldo Valladão, dominavam o antigo império otomano. O seu sistema era o do Sultão e foi seguido na antiga Turquia e em sua zona de influência especialmente no Egito. Os *malekitas* concentravam-se, de preferência, no norte da África e na Espanha. Já a escola *Schafeita*, sediada em Bagdá onde Hal-Schafei ensinou, espalhou-se pelo Iraque, Síria, Egito inferior, Sul da Arábia, Malásia, certas regiões das antigas Índias inglesas e da Ásia Central, na antiga África Oriental alemã e em todas as antigas Índias Holandesas. Finalmente, os *hambalitas*, mais reduzidos, encontram-se na Arábia Central, Arábia Saudita no Hedjaz e no Yemen. VALLADÃO, Haroldo. História do direito especialmente do direito brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 45.

[55] NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do direito. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 173.

2.4. A quarta fonte: a interpretação analógica (*qiyas*)

A interpretação analógica é fonte especificamente jurídica. É um *aporte externo* ao Islã e passa a ser englobado no raciocínio jurídico-teológico do Islã[56]. A analogia e o raciocínio a *contrario sensu* (*qiyas* ou *qyas*) são considerados a última fonte do direito islâmico. A analogia caracteriza-se como método por meio do qual o jurista chega à norma jurídica. É *a mais problemática* das fontes[57]. O raciocínio analógico permite que sejam aplicadas regras a situações novas, mas parecidas[58]. Mário Losano[59] utiliza o seguinte exemplo de extensão analógica de uma norma: reconhece-se à mulher, vítima de um delito, uma indenização igual à metade da que caberia a um homem, porque ao homem cabe uma herança dupla em relação à mulher.

A analogia como método penetrou no pensamento islâmico a partir das conquistas dos países de cultura iraniano-helenística, vindo a florescer na dinastia dos abássidas, em 700-800 d. C., ou, segundo o calendário islâmico, no século II-III da Hégira. Sob essa dinastia, ensina Losano[60], o direito islâmico assumiu sua forma atual, cristalizando-se. A capital imperial passou de Damasco para Bagdá, contribuindo também para a transferência cultural entre conquistadores e conquistados a assunção de funcionários sírios nas províncias antes bizantinas, ou de persas e aramaicos nas províncias anteriormente persas, tornando-se o árabe, assim, a

---

[56] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 407-408.

[57] OLIVIERO, Maurizio. I paesi del mondo islâmico. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINE, Alfonso Di; FERRARI, Giuseppe F. (org.). *Diritto costituzionale comparato*. Roma: Laterza, 2014, p. 554-582.

[58] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

[59] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 407.

[60] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 408.

língua comum a essas culturas diversas. É aqui, nesse ponto, que elementos do pensamento grego passaram, então, a ser englobados no raciocínio jurídico-teológico do Islã. E é aqui também que normas justinianas e hebraicas passaram a ser englobadas no direito islâmico. Com o final da dinastia abássida, em 935 d. C., os regionalismos jurídicos do Islã fortaleceram-se, mas o direito sagrado, o *fikh*, há havia se petrificado. Assim, o direito islâmico

> apresenta-se como um conglomerado de materiais heterogêneos, mas unidos de modo indissolúvel: por exemplo, a semelhança de certos institutos islâmicos com análogos institutos bizantinos é tão forte que pode ser explicada não como o produto de evoluções socioeconômicas análogas, mas apenas como empréstimo de uma cultura para a outra[61].

3. A flexibilidade do sistema de direito muçulmano em face dos estrangeiros e não muçulmanos, e o pluralismo jurídico

Em relação a estrangeiros e não muçulmanos havia, como ainda há, uma *flexibilidade* do sistema de direito muçulmano. Em questões envolvendo matéria civil ou criminal, por exemplo, era garantido a essas comunidades o direito de terem suas próprias leis e seus próprios juízes. Excluíam-se, porém, os casos de ofensa à *moral islâmica*. Essa orientação ainda hoje é percebida no sistema muçulmano, ou seja, o islamismo continua a tolerar a multiplicidade de leis, com poderes judiciários autônomos para cada comunidade, seja cristã, judaica ou de outra religião. A lei, no entanto, prescreve que um não muçulmano pode renunciar a esse privilégio em favor de um tribunal islâmico, desde que ambas as partes do litígio concordem[62].

É digno de nota que a superioridade do elemento religioso sobre o jurídico comporta a *sujeição* do crente enquanto tal ao direito islâmico. E

---

[61] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 408.

[62] NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do direito. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 172.

isso independe de sua pertinência a um Estado com um sistema jurídico diferente. Foi essa dissociação que permitiu à conquista árabe inserir o seu direito ao lado do direito preexistente num certo território, o que, inclusive, *remediou* muitas carências do próprio direito islâmico. Como exemplos dessa co-vigência de ordenamentos podem ser citados os da península ibérica – onde os cristãos podiam viver no território conquistado pelos muçulmanos, e os muçulmanos, naquele conquistado pelos cristãos[63] – e do subcontinente indiano, no qual o direito islâmico convive com o hindu e com o *Common Law*. E isso, essa pluralidade de ordenamentos, não faz com que a *unidade formal* do direito islâmico se perca[64].

Outra característica do Direito islâmico é o *pluralismo jurídico*[65]. A *sharia* representa um ideal da lei divina. A ciência dos juristas esforça-se para atingir esse ideal via interpretação (*ijtihad*). Nunca, porém, irá obter certeza de que suas opiniões denotam a lei de Deus. Isso explica e faz possível entender a maneira como as *escolas doutrinárias* do direito islâmico (*madhabs*)[66] relacionavam-se entre si: os juristas partiam do pressuposto de que a conclusão de seu adversário poderia ser correta. Daí o pluralismo e a aceitação de certo grau de *incerteza* na elaboração das leis. As escolas ortodoxas do direito islâmico, assim, praticavam a tolerância mútua, acolhendo a máxima segundo a qual o desacordo seria um sinal da *graça divina* – máxima que remonta ao segundo século da Hégira - e assimilando, em alguma medida, a postura das escolas arcaicas que consideram normais as diferenças geográficas. O consenso, então, funcionava como

[63] A natureza pessoal do direito islâmico tem um alcance geral. Na época clássica, dirigiu todas as relações no âmbito do Estado islâmico: em especial, somente a personalidade do direito tornou possível uma expansão territorial muito rápida sem contínuos choques com as populações subjugadas. O exemplo concreto está nas terras de al-Ándalus (Andaluzia), quando na península ibérica conviviam árabes, judeus e cristãos, usando normas romanas, germânicas e islâmicas. LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 427. Quem conhece Granada, na Espanha, sabe do que estou falando.

[64] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 412.

[65] LAGE, Leonardo Almeida. *O Direito islâmico contém lições sobre pluralismo jurídico*. Acessível em https://www.conjur.com.br/2014-jul-07/leonardo-lage-direito-islamico-contem-licoes-pluralismo-juridico

[66] São elas, já referidas: hanifitas, maliquitas, chafiitas e hanbalistas.

princípio integrativo, permitindo às escolas fazer concessões recíprocas e reduzindo progressivamente a diferença entre elas. Como explica Leonardo Almeida Lage[67], muitas vezes, uma escola buscava aproximar-se de outra a partir de suas próprias premissas. Com isso, as diferenças que não pudessem ser eliminadas tornavam-se inócuas e suas interpretações eram igualmente válidas, e, os métodos, igualmente legítimos.

Na síntese, o direito islâmico desenvolve-se por meio da interpretação (*ijtihad*) de suas fontes (*usul*). As proposições normativas, assim, não resultam da atividade legislativa estatal. Elas são apresentadas por especialistas com autoridade decorrente de seu conhecimento, de sua notoriedade e de seu pertencimento a uma escola doutrinária. Embora não exprimam com certeza a lei divina – o que é inalcançável pela razão humana -, as opiniões são consideradas *objetivas* e representam uma *probabilidade*. Assim, fatores subjetivos não podem ser introduzidos na deliberação jurídica porque não são opiniões baseadas nos textos sagrados, mas *inovações* (*bid'a*)[68].

Na opinião de Lage[69], talvez o direito islâmico possa estar sugerindo a permanente relevância da construção de *pontes de transição* entre formas de pensamento e de interpretação divergentes, reconhecendo a falibilidade dos homens sem abandonar a pretensão da correção do direito. O estudo do direito islâmico e o exercício da comparação, ao que parece, apontam para a necessidade de mirar as práticas interpretativas a partir de uma perspectiva histórica, o que, segundo Lage, pode levar à conclusão de que as concepções mais atuais sobre a interpretação da Constituição e das leis talvez não sejam o reflexo do último estágio de evolução da ciência jurídica e da sublimação da razão humana, mas o resultado de processos

---

[67] LAGE, Leonardo Almeida. *O Direito islâmico contém lições sobre pluralismo jurídico*. Acessível em https://www.conjur.com.br/2014-jul-07/leonardo-lage-direito-islamico-contem-licoes-pluralismo-juridico

[68] SCHACHT, Joseph. *An introduction to islamic law*. Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 201; LAGE, Leonardo Almeida. *O Direito islâmico contém lições sobre pluralismo jurídico*. Acessível em https://www.conjur.com.br/2014-jul-07/leonardo-lage-direito-islamico-contem-licoes-pluralismo-juridico

[69] LAGE, Leonardo Almeida. *O Direito islâmico contém lições sobre pluralismo jurídico*. Acessível em https://www.conjur.com.br/2014-jul-07/leonardo-lage-direito-islamico-contem-licoes-pluralismo-juridico

e contingências históricos a envolver jogos de poder que precisariam ser conhecidos.

4. Relação do Direito islâmico com o Direito interno do Estado, *Sharia de minoria*, relação do Direito islâmico com o Direito Internacional Privado, e relação do Direito islâmico com o Direito Internacional Público: uma breve noção sobre a atualidade do Direito islâmico e suas distintas relações com outros Direitos

As relações do Direito islâmico com o direito interno do Estado podem ser pelo menos de dois tipos[70]: ou a *sharia* precisa ser levada em consideração pela ordem legal do Estado, porque acompanha as pessoas[71] ou porque se aplica a situações ou relações que interagem com o território do Estado; ou a *sharia* é chamada pelo próprio ordenamento jurídico para exercer nele algum papel maior ou menor[72].

A *sharia*, inclusive, pode ganhar importância em países cujos sistemas jurídicos não reconhecem sua capacidade de produzir ou inspirar normas jurídicas. Essa importância, explica Salem Hikmat Nasser[73], vem à tona quando as pessoas ou as relações governadas pela *sharia* interagem com o território desses Estados. Veja-se, por exemplo, o caso do reconhecimento, para efeitos fiscais, das implicações decorrentes de casamentos poligâmicos de estrangeiros residentes nos Estados da Europa Ocidental. É também o caso da aceitação ou proibição de certas práticas que podem

---

[70] Destaco, no ponto, o didático trabalho de: NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

[71] Estas são as palavras de Jayme de Altavila com relação a Maomé e à doutrina islâmica: *Teve a sensatez de não exigir templos: cada quadrilátero de um tapête era uma mesquita transportável onde os fiéis poderiam fazer suas orações nos oásis, nos desertos e nas ruas, contanto que estivessem voltados para Meca. Anulou praticamente a classe sacerdotal, porque ela engrandecera e arruinara o Egito e a Mesopotâmia. Cada árabe seria o seu próprio sacerdote, desde que levasse os preceitos de sua lei dentro do coração. (...) em suma: engendrou um sistema religioso, econômico e adaptável ao nomadismo do seu povo até então disperso como um rebanho sem pastor*. ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 92.

[72] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

[73] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

ser vistas como pertencentes ao domínio das liberdades individuais ou, ao contrário, como uma violação da noção de ordem pública[74]. O direito islâmico, em tais casos, é visto como um *direito de minoria*, uma *sharia de minoria*. Suas regras acompanham o crente e regulam o culto, a obediência aos preceitos morais e as interações sociais, mas apenas dentro dos limites do que não é proibido por um sistema jurídico que não reserva para elas, as regras da *sharia*, qualquer lugar especial de validade ou aplicabilidade.

O direito islâmico também pode constituir ou inspirar alguma parte do direito das relações privadas em vários países (Direito Internacional Privado). Em alguns, restringe-se ao *estatuto pessoal*: capacidade, personalidade, direito de família; em outros, toca também às relações contratuais ou de responsabilidade. Situações de natureza privada, portanto, podem ser levadas aos tribunais dos países muçulmanos e a outros tribunais que, então, virão a se confrontar com a aplicação de um direito decorrente *da* ou influenciado *pela sharia*[75].

O Direito islâmico também se relaciona com o Direito Internacional Público, que é o conjunto de regras e instituições que regulam o comportamento entre os Estados. Embora o Direito Internacional Público continue lidando com questões ligadas à coexistência e à cooperação entre os Estados, cada vez mais tem regulado campos que antes eram pensados como de competência exclusiva da regulamentação e do direito interno, estatal. Atualmente, portanto, o Direito Internacional contém normas e instituições que tratam da paz, da segurança, dos direitos humanos, do meio ambiente, do direito do mar, da diplomacia etc. O Direito islâmico, por sua vez, também contém disposições relativas a relações internacionais, tratados, diplomacia, direito de guerra e da paz, direito humanitário,

---

[74] A discussão sobre o uso do véu pelas alunas nos colégios na França é um exemplo de problema envolvendo a interação da sharia com outros Estados. Trata-se aqui da questão envolvendo os direitos culturais que, segundo Alain Touraine, dependem mais dos direitos à diferença do que dos direitos à igualdade de tratamento. Nesse sentido, consulte-se: TOURAINE, Alain. Um novo paradigma: para compreender o mundo hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. Petrópolis, RJ: Vozes, p. 194-201.

[75] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

direito do mar, relações econômicas internacionais e direitos humanos. Esse direito internacional islâmico é conhecido por *Syiar*[76].

Há, é verdade, diferenças estruturais e *dificuldades cognitivas* (David Westbrook) que opõem o Direito islâmico ao Direito Internacional Público. Este, o Direito Internacional Público, construído em torno das instituições, reconhece o Estado como a unidade básica do sistema, trabalhando com a ideia de um sistema coerente de regras prospectivas decorrentes da vontade soberana dos Estados. Aquele, o Direito islâmico, focado no indivíduo e não reconhecendo instituições intermediando a relação entre o fiel, de um lado, e, de outro, Deus e seu direito, é fundado na soberania de Deus, a única soberania possível, realizando-se no conjunto de decisões individuais em que se tenta obedecer à vontade divina, e não no sistema de normas. Apesar disso, o direito islâmico pode interagir com as fontes do Direito Internacional, e isso de vários modos. Ora, como referido, o direito islâmico dispõe com relação ao Direito dos tratados. Essas disposições atinentes ao direito dos tratados ou são incorporadas à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados ou operam como regras consuetudinárias que podem ser válidas e aplicáveis entre certos Estados. Também os princípios do direito islâmico, ou seja, os princípios contidos nos direitos nacionais em que a *sharia* ocupa algum lugar, podem, segundo Nasser, ser encarados como *princípios gerais de direito*, no sentido do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, podendo, então, ser aplicados por esta corte ou por outros tribunais internacionais quando não se puder encontrar soluções para as questões jurídicas nos tratados ou nos costumes internacionais[77].

---

[76] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

[77] NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: Revista Direito GV, São Paulo. 8[2], p. 725-744. Jul.-dez./2012.

5. Direito islâmico (ou muçulmano) *versus* direitos positivos dos países muçulmanos

Não se podem confundir os *direitos positivos* dos países muçulmanos com o direito muçulmano, direito religioso[78]. Mesmo na época em que o *fiqh* possuía a maior autoridade, nem todos os seus elementos tiveram o mesmo valor prático. Assim, o próprio *fiqh* apenas gradualmente pôde impor-se como regra jurídica. A recepção do *fiqh* como direito dos países islâmicos não foi total. Como explica René David[79], embora, em teoria, todos os ramos do direito muçulmano estejam ligados igualmente à religião islâmica, na prática foi feita uma distinção. O direito das pessoas e o da família, com as regras de comportamento ritual e religioso, sempre foi considerado o mais importante na *châr'ia*. Existe um elo estreito, na consciência dos muçulmanos, entre tais partes do direito, que constituem o estatuo pessoal, e a religião. E é a este respeito que se encontram no próprio Corão o maior número de prescrições. Para outras matérias, porém, a laicização foi admitida mais facilmente. Nas palavras de David[80]:

> O direito constitucional, tal como é considerado pelo direito muçulmano, nunca passou de um sonho edificante. O direito criminal e o direito fiscal afastaram-se muito cedo da ortodoxia. Os dirigentes, aos olhos dos teólogos, são culpados se se afastam nestas matérias das regras da *châr'ia*. Os crentes nada têm a reprovar-se ao se submeterem às regras que lhes são prescritas, já que o próprio Corão prescreve a obediência às autoridades estabelecidas. A necessidade, de resto, dispensa os crentes de observarem, em todos os casos, as regras estritas do direito.

O que fica bem claro, no que se refere ao direito dos países muçulmanos, é que, nos séculos XIX e XX, ocorreu a produção de três fenômenos: a

---

[78] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 425.

[79] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 426.

[80] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 426.

ocidentalização do direito em grande número de assuntos; a *codificação* das matérias que escaparam a essa ocidentalização; e a *eliminação das jurisdições especiais* que até então vinham sendo encarregadas de aplicar o direito muçulmano. Nas matérias não respeitantes ao estatuto pessoal – pessoas, família, sucessões – e que não se referem às *fundações pias*, o direito muçulmano deixou de ser aplicado em proveito das regras importadas dos direitos da família romano-germânica ou da *common law*. O direito constitucional e o administrativo, o direito civil e o comercial, o direito processual, o direito criminal e o direito do trabalho, desse modo, foram ocidentalizados em numerosos países muçulmanos, conservando-se, porém, algumas disposições que ainda mantêm o cunho do direito muçulmano. De relevo notar que, quanto ao estatuto pessoal, os governos não têm, em tais matérias, qualquer poder para *modificar* as normas do direito muçulmano, embora possam *sistematizá-las*, consolidando-as, como se pode observar da experiência histórica que bem demonstra, num primeiro momento, a dificuldade imensa em se admitir e concretizar tal possibilidade e, num segundo momento, o triunfo, em diversos países, dessa importante inovação de caráter nada ortodoxo[81].

6. A estrutura judiciária e o *cádi*

Não deixa de haver certa verdade na afirmação de que o direito muçulmano sempre se orientou por critérios rígidos e inflexíveis. Mas isso é verdade até certo ponto[82]. O fato é que a lei, ao ser aplicada, não dispensa a interpretação. Assim é que o juiz, o *cádi* (ou *qadi*, *qhâdi*), na apreciação dos casos, podia invocar a interpretação do jurisconsulto, o *mufti*, cujo parecer, assumindo caráter legal, compunha um *fátuo*, com força de precedente. Os fátuos são verdadeiras sentenças judiciais, flexíveis, resultantes de um entendimento *a priori* dos versados na ciência jurídica e no

---

[81] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 426-427.

[82] NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do direito. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 171-172.

conhecimento das leis. Essas sentenças apontam, pois, para uma liberdade de interpretação, mas nos limites da lei. Os fátuos, além disso, tiveram e continuando a ter força de decreto religioso[83].

O resultado desse contexto religioso legal é que a justiça maometana é sintética no que diz com os seus membros e extensiva quanto às suas interpretações. O califa é uma espécie de supremo tribunal pessoal e o *cádi* o juiz comum, escolhido pelo chefe espiritual sem a exigência de especialização judiciária. É claro que ele tem de se manter numa compostura imparcial, não podendo receber dádivas ou comparecer a reuniões a convite das partes. Nas palavras de Jayme de Altavila[84], *tem de se manter impenetrável durante a exposição de cada processo e sòmente ditar a sua sentença quando estiver suficientemente instruído e de ânimo tranqüilo*.

O procedimento do *cádi* era oral. Não havia arquivos escritos das decisões[85]. Como demonstrar, então, sua existência e como cumpri-las? Isso ficava a cargo de duas testemunhas oficiais que faziam parte da repartição do *cádi*. Todo o processo era em contraditório. Na medida do possível, procurava-se evitar a revelia. Quanto ao *regime de provas*, a prova testemunhal prevalecia sobre a prova escrita. A essa estrutura judiciária, generalizada na época dos sultões otomanos, veio sobrepor-se a dominação europeia do século XIX. Então, a afirmação do direito de origem europeia levou à formação de tribunais laicos e à progressiva limitação dos poderes do *cádi*, que, na Índia, inclusive, chegou a ser abolido pelos ingleses[86]. Ao lado da jurisdição do *qhâdi* - a única legítima segundo o direito muçulmano - existiram sempre um ou vários tipos de tribunais, que aplicavam os costumes profanos do país ou os regulamentos emanados das

---

[83] NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do direito. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 171-172.

[84] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 95.

[85] A ação judicial, nos tempos antigos, não tinha caráter escrito como hoje e os cádis tinham um secretário, o *catib*, encarregado de ir registrando o desenrolar do processo, numa taquigrafia especial. ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 95.

[86] LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito), p. 430-431.

autoridades, e cuja jurisprudência se afastava mais ou menos das estritas regras do direito muçulmano: jurisdições da polícia, jurisdição do inspetor dos mercados, jurisdição de equidade do califa ou dos seus delegados etc. Essas jurisdições, durante muito tempo, apenas tiveram uma competência excepcional, modificando-se, então, a situação há mais de um século. Assim é que novas jurisdições estatais foram surgindo e a competência dessas jurisdições, originariamente limitada à aplicação das leis modernas, acabou por se estender, por vezes, ao conjunto do direito, fazendo desaparecer a competência dos *qhâdis*[87].

[87] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 426. O direito islâmico, historicamente, convive com as influências estrangeiras, especialmente no que diz com a recepção da legislação europeia. O modelo constitucional iraniano, por exemplo, representa um exemplo de estatuto organizador da sociedade islâmica de acordo com contornos normativos ocidentalizantes promovedores de um conflito aparentemente irreconciliável com a doutrina islâmica. A Constituição do Irã, que data de 1979 e que recebeu significativas emendas em 1989, pretende promover o avanço das instituições culturais, sociais, econômicas e políticas da sociedade iraniana, com base em princípios e normas do islamismo. No que diz com a organização judiciária, o Poder Judiciário, segundo a Constituição iraniana, é independente e tem como missão investigar e julgar violação de direitos, promover a justiça, supervisionar a aplicação das leis, prevenir crimes. O chefe do Judiciário é apontado pelo líder religioso. Uma suprema corte dá assento a magistrados e ao procurador-geral, indicados pelo chefe do Judiciário, para um mandato de cinco anos. Os julgamentos devem ser públicos, as decisões fundamentadas e o princípio da reserva legal respeitado. O direito iraniano conhece tribunais administrativos, a serem definidos em lei, e com competência para matérias de administração pública. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Chefe do Judiciário é indicado por líder religioso. In: Consultor Jurídico – CONJUR. Acessível em: https://www.conjur.com.br/2010-nov-10/carta-iraniana-preve-indicacao-chefe-judiciario-lider-religioso

VI

A Magna Carta

1. Como surgiu a Magna Carta?

Segundo René David[1], há quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. É o chamado período do *direito anglo-saxônico*. O segundo vai de 1066 até 1485, com o advento da dinastia dos Tudor. Esse é o período da formação da *common law*. Nessa fase desenvolve-se um sistema de direito novo, comum a todo o reino, passando a substituir os costumes locais[2]. O terceiro período vai de 1485 a 1832. É marcado pelo desenvolvimento de um sistema complementar e por vezes rival à *common law*, que se manifesta nas *regras de equidade*, a *equity*[3]. O quarto período é aquele em que

---

[1] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 283-284.

[2] As condições da *common law* têm exercido uma influência que ainda subsiste sobre esse sistema. A aplicação dava-se em circuitos periódicos dos condados e posteriormente em Londres, nas Cortes Reais. Por motivo de coerência, os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que deu origem à doutrina do precedente judicial. Por volta do século XIII, começaram a circular as decisões dos magistrados, reduzidas a termo. Criaram-se anuários que foram os precursores dos *law reports*. O sistema da *common law* desenvolveu-se na estrita dependência de processos formalistas e, a partir de um determinado momento, passa a encontrar dificuldades para desenvolver-se e atender as necessidades da época. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3. ed. reformulada da obra Jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 351.

[3] O terceiro período corresponde à época de maior florescimento da *common law*. Surge a *equity*, caracterizada por ser um recurso à autoridade real diante da injustiça flagrante de alguns casos concretos. Encaminhavam-se petições ao rei ou ao seu conselho, que eram despachadas pelo Chanceler (*Kepper of the Kings Conscience*), encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão. Aos poucos, o Chanceler vai se constituindo em juiz autônomo. Em determinadas matérias, o tribunal do Chanceler foi capaz de criar direitos não conhecidos na *common law* (caso de fideicomisso e do direito de propriedade, mesmo que limitado, para mulheres casadas). Em outros casos, ofereceu alternativa eficiente para prover um remédio ou algum direito que se perdera. Ajudou a forçar a revelação de fatos e documentos. Assegurou ao querelante, caso vencedor, os benefícios do litígio, bem como a proteção de terceiros diante de eventuais danos decorrentes da lide. As regras da *equity* foram se tornando sistemáticas, sem, contudo, se contraporem à *common law*, havendo, pelo contrário, uma complementação entre ambas. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3. ed. reformulada da obra Jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 351-352.

a *common law* deve fazer frente a um desenvolvimento jamais visto da lei e se adaptar a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração[4]. Esse período vem desde 1832 até os nossos dias. Interessa para fins de análise do que representou a Magna Carta inglesa (*Magna Charta Libertatum*) o segundo período, cuja data fundamental é o ano de 1066, quando a Inglaterra é conquistada pelos normandos.

O domínio romano, que durou quatro séculos na Inglaterra – do imperador Cláudio até o começo do século V -, deixou poucos vestígios. A história do Direito inglês, para seus historiadores, tem início, portanto, na época em que, cessado o domínio romano, diversas tribos de origem germânica – saxões, anglos, dinamarqueses – partilharam entre si a Inglaterra. É nesta época que a Inglaterra, com a missão de Santo Agostinho de Canterbury, em 596, se converte ao Cristianismo. As leis, redigidas logo após a conversão, ao contrário das outras leis bárbaras redigidas em latim, são redigidas em língua anglo-saxônica. Mas, tal como as leis bárbaras, as leis anglo-saxônicas apenas regulam aspectos muito limitados das relações sociais. É o caso das leis de Aethelbert, rei de Kent, redigidas em língua anglo-saxônica no ano de 600, que comportam tão somente noventa frases breves. Já as leis do rei dinamarquês Canuto (1017-1035), quatro séculos mais tarde, são mais elaboradas e anunciam a passagem da era tribal para a feudal. O *princípio da personalidade das leis*[5], então, dá

---

[4] Entra-se no quarto período com a primeira Lei de Organização Judiciária (*Judicature Act*), que, no ano de 1873, fundiu as jurisdições de *common law* e de *equity*, mas manteve a distinção dos remédios baseados na *common law* e daqueles tratados na *equity*. A partir dos *Judicature Acts*, uma única corte passou a aplicar as diferentes regras para o caso. Outra contribuição importante dos *Judicature Acts* para o direito inglês foi a edição de um código procedimental: *Rules of the Supreme Court*, denominado *The White Book*, emendado de tempos em tempos. Já o *Apellate Act* de 1876 estabeleceu regras para a revisão das decisões por uma corte superior. As reformas processuais de 1873-1875 implicaram uma nova organização judicial centralizada, uma vez que desapareceu a distância entre tribunais de *common law* e tribunais de *equity*. A partir de então, todas as jurisdições inglesas resultaram competentes para aplicar tanto um como outro sistema. Assim, os juízes de *equity* inspiraram-se nas soluções dadas por seus antecessores, e essa evolução institucional levou o parlamento a assumir a função inovadora que teve a seu cargo – nas centúrias precedentes – o chanceler. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3. ed. reformulada da obra Jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 352.

[5] Os visigodos, os burgúndios, os francos, os lombardos, os anglos, os saxões e outros povos germânicos foram-se apossando e se tornando donos de vastos territórios, passando a governar populações que, até então, haviam vivido segundo o direito romano. Os dominadores, porém, praticavam costumes completamente diferentes. Então, a radical mutação induzida pelas fixações territoriais e pela criação de reinos independentes acabou criando árduos problemas para o controle dos territórios ocupados, onde viviam as populações já submetidas e que eram muito mais numerosas em relação à minoria representada pelos conquistadores. Criou também o problema de como manter uma tradição jurídica a qual cada estirpe germânica estava fortemente ligada, pois, durante séculos, representara a identidade e

lugar a uma lei *territorial*. Embora o país esteja submetido a um único soberano, o direito em vigor mantém-se como um direito estritamente local, não havendo um direito comum para toda a Inglaterra antes da conquista normanda[6].

O *acontecimento capital* na história do Direito inglês – e, como se verá, intimamente ligado à Magna Carta porque a fomentou - é a conquista normanda. Guilherme, o *Conquistador*, intenta reinar na Inglaterra como sucessor do rei Eduardo, o *Confessor*, e não pelo direito de conquista. Assim, proclama expressamente que o direito anglo-saxônico se mantém em vigor. Com Guilherme vem para a Inglaterra um poder forte e centralizado, enriquecido pela experiência vivida no Ducado da Normandia. É exatamente neste período da história que a época das tribos desaparecerá, vindo, então, a se instalar o feudalismo. Esse feudalismo, porém, é um feudalismo diferente do que se verifica na França, na Alemanha ou na Itália. E isso ocorre por uma razão estratégica: Guilherme vem para a Inglaterra acompanhado de senhores normandos. Esses senhores, agora, encontram-se num país conquistado, cuja língua lhes é estranha e cujos habitantes e costumes são por eles desprezados. Então, para defender a conquista e as suas propriedades, eles sentem a necessidade de se agrupar à volta do seu soberano. Guilherme, por sua vez, sabe que vassalos muito poderosos podem ser perigosos. Qual a saída que encontra, então? Na distribuição das terras aos seus súditos não formar nenhum grande feudo a fim de que nenhum barão possa com ele rivalizar em poder. Assim, os

---

os valores compartilhados por aquelas populações. A presença, no território, de um sistema normativo tão articulado e maduro, como era o caso do direito romano, criava, por sua vez, para os núcleos dos novos dominadores, um constante e incontornável terreno de confronto. Assim se explica a decisão de manter a distinção entre o direito dos vencedores e o direito dos vencidos. Uns mantiveram vivas, tanto quanto possível, as próprias tradições jurídicas nacionais. Aos outros foi permitido continuar a regulamentar as próprias relações jurídicas de acordo com as regras romanas, à exceção das relações de subordinação às novas autoridades. Em um mesmo ordenamento, dentro de um mesmo reino, passou-se assim a reconhecer a legítima coexistência de uma pluralidade de direitos, cada um dos quais aplicável a uma etnia específica: esse é o princípio da *personalidade* (ou *pessoalidade*) *da lei*, fundamental nessa fase histórica. E ele se tornou possível também pelo fato de as relações jurídicas entre as etnias – antes de tudo entre os vencidos e os vencedores: matrimônios mistos, contratos, negócios – terem sido por muito tempo quase inexistentes. SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 30.

[6] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 284-285.

senhores ficam dependentes diretamente do rei, podendo ser comparados com um exército acampado na Inglaterra, dotado, pois, de um espírito de organização e disciplina; espírito esse que se manifestará a partir de 1086 na redação do *Domesday*, documento em que são referenciados os 15.000 domínios (*manors*) e os 200.000 lares então existentes na Inglaterra. É esse caráter militar, organizado, portanto, que irá permitir o desenvolvimento da *common law*, o direito comum a toda a Inglaterra, em oposição aos costumes locais[7]. E é nesse ambiente, aproximadamente um século e meio depois da conquista normanda, que surgirá a Carta Magna.

Na Inglaterra, a Magna Carta, na condição de *legislação alicerce*, acabou sendo uma espécie de *lei de salvação nacional*[8]. As invasões normandas, fincando os sentimentos nacionalistas anglo-saxônicos, e as espoliações dos soberanos, fizeram com que se tivesse de buscar documentar a conduta do rei em face do clero, da nobreza, da burguesia e, indiretamente, das classes servis. O desgosto contra o invasor, então, viria atingir seu auge durante o reinado despótico de João Sem Terra (*Lackland*), o quarto filho de Henrique II e de Leonor de Aquitânia; momento em que os ingleses, habituados com as antigas leis baseadas nos costumes, se conjuraram na luta pela segurança e estabilidade do passado, realidade que lhes havia sido subtraída.

João Sem Terra ganhou esse apelido porque seu pai, ao repartir seus domínios, distribuiu-os previamente entre seus três filhos maiores, ficando João prejudicado[9]. Apesar disso, João começou a reinar em 1199, em decorrência do falecimento prematuro de seus irmãos Henrique e Godofredo, e como sucessor de seu outro irmão, Ricardo Coração de Leão. Dita sucessão, porém, era discutível, pois seu direito à coroa não era claramente melhor que o do seu sobrinho Artur, filho de Godofredo. A candidatura de João parece ter prevalecido sobre a de Artur porque este, na condição de

---

[7] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 285-286.

[8] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 111.

[9] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

Conde da Bretanha, se achava sob a influência do Rei da França, Felipe II (Felipe Augusto), sendo considerado um perigo para a independência da Inglaterra, o que, de fato, viria se confirmar na guerra posterior entre João e Felipe Augusto, este ajudado por Artur. É nesse contexto que se localiza um acontecimento – certo ou lendário – que terminou por marcar a imagem pública de João Sem Terra como uma pessoa cruel e traiçoeira. João prendeu o sobrinho Artur durante o assédio do Castelo de Mirabeau, depois mandando encerrá-lo em um calabouço em Rouen. Ali, supostamente, o próprio rei tê-lo-ia assassinado. João, explica Miguel Satrústegui Gil-Delgado[10], não tinha escrúpulos e se dispunha a tudo para obter e conservar o poder. Teria intentado depor do trono seu irmão Ricardo quando este se encontrava ausente, na terceira cruzada, e durante o seu cativeiro posterior na Alemanha. Nesse período, também rendeu vassalagem ao Rei da França e depois lhe cedeu parte das posses na Normandia, com a esperança da sua ajuda para ganhar a coroa inglesa. Já no trono, mais tarde, tornou-se vassalo do Papa, doando-lhe o Reino da Inglaterra e da Irlanda. Daí por que ser possível afirmar, como o faz Satrústegui Gil-Delgado[11], que três poderes rivais constantemente desafiavam o poder de João: o do Rei da França, o da Igreja Católica e o dos barões ingleses. E, nas situações de fraqueza, João não teria pestanejado em fazer a cada um deles concessões importantes que logo viria desrespeitar.

Na origem da Magna Carta, portanto, encontra-se sua luta contra esses três poderes. A guerra de João contra Felipe Augusto, cujo objetivo era recuperar a Normandia, foi ganha pela França, que, assim, acabou com as perspectivas de um império continental (O Conde de Flandes e o imperador Otto, da Alemanha, haviam se aliado a João). Isso tudo ocorreu no ano de 1214, antes do ano de aparecimento da Magna Carta, enfraquecendo João e debilitando seu poder. Também foi relevante para isso o conflito de João com a Igreja. Esse conflito surge como um pleito pela designação do

---

[10] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

[11] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

sucessor de Hubert Walter no arcebispado de Canterbury, assento de primazia da Inglaterra. Os monges elegeram dois candidatos, um deles patrocinado pelo Rei João, e o pleito sucessório ficou submetido ao Papa Inocêncio III, que rechaçou os dois candidatos eleitos e nomeou Stephen Langton como arcebispo. João negou-se terminantemente a reconhecer Langton - inglês, formado na Universidade de Paris e que detinha grande reputação intelectual - porque não queria renunciar àquela que considerava uma das suas principais prerrogativas. A resposta de Inocêncio III, então, foi decretar um interdito da Inglaterra no sentido de proibir, no reino, a administração dos sacramentos, com exceção do batismo. A pressão papal aumentou até o ponto de ser decretada a excomunhão do Rei João que, inclusive, teve lançada contra si uma cruzada, cabendo, então, a Felipe Augusto a tarefa de sua destituição. Em 1213, então, às vésperas da temida invasão francesa, João aceitou os termos da reconciliação com a Igreja, sugeridos pelo legado papal Pandolfo de Milão, proclamando-se vassalo feudal do Papa e aceitando Langton como arcebispo de Canterbury em uma solene cerimônia de arrependimento. Pouco tempo depois da sua volta para a Inglaterra, Stephen Langton conseguiu agrupar os barões em torno a um programa de reformas que ficaria plasmado na Magna Carta. Boa parte dos barões já queria há algum tempo rebelar-se contra João. O descontentamento, em boa parte, era provocado pelo aumento e pela arbitrariedade das exações exigidas por João Sem Terra no exercício de seus direitos feudais a fim de financiar suas campanhas da França. Esse desconforto foi que Langton, então, conseguiu canalizar; desconforto que ficou patente na negativa de alguns barões de homenagear o Rei em 5 de maio de 1215, e que foi convertido em suporte a um documento chamado *Os artigos dos barões*, que é, basicamente, o modelo da Magna Carta[12].

Os barões ingleses, então, *impuseram* a João Sem Terra a outorga da Magna Carta. Em junho de 2015, conta-nos Jayme de Altavila[13], na verde

[12] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

[13] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 114.

campina de Runnymede, condado de Surrey, foi levantado um suntuoso pavilhão, sobre o qual tremulavam as flâmulas inglesas, bordadas de leões ameaçadores e inofensivos. Sentado sobre um trono ali construído, e tendo à frente a fidalguia não submissa apoiada nos punhos das espadas embainhadas, João Sem Terra ouviu o preâmbulo e as 67 cláusulas da Magna Carta[14]. Após um silêncio perigoso e angustiante, João assinou o compromisso e mandou que nele fosse aposto o selo de autenticidade[15].

2. É a Magna Carta uma *criação original*? Ou é uma *Constituição*? O que é, afinal, a Magna Carta?

Para Jayme de Altavila[16], não seria aconselhável conceituar *a priori* a Magna Carta como uma *criação original* e tampouco como um *modelo constitucional*. Ela foi, sim, o espelho do seu tempo, do seu mundo; de uma *realeza fraudulenta*, pois, ao tempo de João Sem Terra, o que havia na Inglaterra era um desajuste entre a coroa e os homens herdeiros de uma tradição de honra e liberdade. Enfim, a Magna Carta retratou esses fatores decisivos de sua elaboração e das lutas de mais de meio século para o seu completo reconhecimento e aplicação. A Magna Carta, assim, encerra uma época histórica e reabre outra, devendo ser entendida como a *crisálida* ou o *modelo imperfeito das constituições posteriores* (Pinto Ferreira)[17].

[14] Segundo F. Uchoa de Albuquerque, seriam 63 artigos, e não 67, incorrendo em erro, portanto, nesse aspecto, Jayme de Altavila. Os textos encontrados na Enciclopédia Britânica e em *Constitutions of Nations*, de Amos J. Preslee, e em *Development of European Civilization*, de Clarence Perkins, dão conta de 63 artigos tão-somente, não se sabendo o porquê do excesso dos quatro artigos referidos por Altavila. ALBUQUERQUE, F. Uchoa de. Sôbre a carta política de João sem Terra. In: Revista da Faculdade de Direito. UFC, p. 153-163. http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/viewFile/380/323

[15] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 114. F. Uchoa de Albuquerque é da opinião de que, por ser João Sem Terra um analfabeto, não podia ter procedido em relação à aceitação da Magna Carta da maneira como indica Jayme de Altavila. Outros juristas, segundo Uchoa de Albuquerque, também se mostrariam indignados com quem quer que afirme ter sido a Magna Carta assinada por João Sem Terra. ALBUQUERQUE, F. Uchoa de. Sôbre a carta política de João sem Terra. In: Revista da Faculdade de Direito. UFC, p. 153-163. http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/viewFile/380/323

[16] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 112.

[17] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 113. A referência feita por Altavila encontra-se na valiosa obra FERREIRA, Pinto. Princípios de direito constitucional moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

De fato, a Magna Carta não foi um *código original* na Inglaterra. Desde 1213, o arcebispo Langton, o *cérebro da conspiração*, havia despertado entusiasmo ao reunir secretamente os barões para lhes ler a *Carta de Henrique I*, de que todos haviam esquecido e que garantia o respeito dos direitos e costumes dos súditos[18]. O *recuo histórico*, porém, segundo Altavila amparado num estudo de Hersílio de Sousa, vai além de Henrique I. A ascendência da Carta Magna, segundo Sousa, encontrar-se-ia no Lácio:

> a Magna Carta, de que os inglêses tanto se orgulham e que realmente num dos seus artigos prescrevia, já naquele tempo, que nenhum homem seria privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o julgamento de seus pares e disposição da lei nacional (...) essa Magna Carta teve por principal redator um doutor da Universidade de Bolonha, portanto, do *direito romano*[19].

Hersílio de Sousa também reivindica para o direito de Roma a instituição democrática do júri, enraizando, ainda, o *habeas corpus* no Direito romano. Nas suas palavras:

> o *habeas-corpus*, a mais eficaz e pronta garantia, que se supõe ter o povo inglês descoberto para felicidade do gênero humano civilizado, já encontra suas raízes no Dig. 4. 4. Tit. 29 I. I., pelo interdito de *homine libero exhibiendo*, por fôrça do qual (...) o pretor ainda protegia a liberdade do cidadão, de qualquer modo violada, sem prejuízo do respectivo processo criminal e que servia também para defender o exercício do pátrio poder dominical.

O objetivo da Magna Carta era o de corrigir os abusos que provinham dos costumes feudais sob o despotismo de Guilherme, o *Conquistador*, e seus sucessores. A condição dos europeus, na época, era de pauperismo. A situação do povo inglês era pior do que a da plebe romana antes das XII Tábuas. Não havia um órgão legal, uma palavra autorizada em defesa de sua honra e de seus bens. Era praticamente impossível a existência pacífica

---

[18] A Magna Carta, assim, tem origens longínquas, pois reproduz com maiores detalhes uma carta de Henrique I, que, por sua vez, pretendia estar vinculado às leis de Eduardo, retomando assim a cadeia que liga as instituições da Inglaterra anglo-normanda às da época anglo-saxã. PACHECO, Cláudio. Novo tratado das constituições brasileiras. v. 2. Brasília: Offset, 1992, p. 3.

[19] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 117.

de uma propriedade livre, encravada no latifúndio feudal. A Magna Carta, assim, foi uma *apologia* das velhas leis inglesas, dos antigos soberanos e do tempo de Henrique II, o imaginador de um tribunal em cada província visando evitar que os litigantes tivessem de correr durante anos no encalço de seus juízes, criando, com isso, um freio às investidas das autoridades judiciárias, deixando nitidamente gravado que era proibido *vexar a quem quer que seja*[20].

A Magna Carta, portanto, não firmou apenas privilégios para a nobreza e a prelazia. Seus princípios jurídicos são corretivos e democráticos, e a sua influência é patente em todas as constituições modernas. Seus redatores e seus defensores perante a Corte inglesa tiveram, segundo Altavila[21], a compreensão da imperiosa necessidade da união nacional, da *solidariedade ativa* de todos os que seriam por ela beneficiados e protegidos. Apesar da indiferença da nobreza em relação ao povo, a prelatura que constituíra a alma do movimento era culta; daí a possibilidade de sua influência e de sua clarividência extensiva às classes inferiores da nação. A Magna Carta veio corporificar princípios e normas específicas a fim de preservar uma legalidade que, inserida num ambiente de alto nível de consciência e sofisticação jurídica, predominante em todo o Ocidente nos séculos XII e XIII, exigia muito mais que preceitos abstratos de justiça, equidade, consciência e razão[22].

Embora tenha influenciado[23] as constituições modernas, a Magna Carta não é a *Constituição inglesa*. Ela é apenas um antecedente do direito

---

[20] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 120-125.

[21] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 125-126.

[22] BERMAN, Harold J. Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental. Tradutor Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2004 (Coleção Díke), p. 368.

[23] A Magna Carta e os velhos documentos constitucionais ingleses, embora rudimentares, são precursores das modernas declarações de direitos. Um dos autores que procura demonstrar o *caráter tradicionalista* do Direito Constitucional inglês é Marcaggi. Para ele, as leis inglesas que estatuem sobre os direitos dos súditos falam sempre dos direitos antigos e das liberdades de outrora. O que o Parlamento está sempre pedindo, em todas as oportunidades de reivindicações libertárias, é apenas a confirmação das relações que existem entre a realeza e seu povo. Assim, desde a época da Magna Carta até a das declarações de direitos, a mais constante política constitucional da Inglaterra é a de reclamar a manutenção das liberdades como uma herança que foi deixada pelos antepassados e que deve ser transmitida à posteridade, como um bem que pertence especialmente ao povo do reino, sem nenhuma espécie de relação com um outro direito mais geral e mais antigo. Cfe. PACHECO, Cláudio. Novo tratado das constituições brasileiras. v. 2. Brasília: Offset, 1992, p. 3.

constitucional da Inglaterra. Juntamente com outros documentos, cartas e petições, decisões e precedentes, a Magna Carta é *formadora* da constituição dos ingleses; é, pois, um dos elementos que concorrem para a formação da constituição inglesa[24]. Não há, assim, na Magna Carta o *esquema* de uma Constituição ou de um sistema de governo. Trata-se, sim, explica Miguel Satrústegui Gil-Delgado[25], de uma *miscelânea* de normas de mais diversa índole e significação, e somente algumas tratam de assuntos que hoje se consideram próprios do Direito Constitucional. O conteúdo da Magna Carta, portanto, não se assemelha à declaração de direitos de uma Constituição. Os sujeitos dos direitos não são os cidadãos contemplados em abstrato, como titulares de uma relação jurídica frente ao Estado. Ao contrário, na Magna Carta há uma enumeração prolixa e bastante desordenada dos direitos dos participantes nas relações de autoridade e submissão, diversas e desiguais, típicas do feudalismo.

Noutras palavras, a Magna Carta confirmou e precisou solenemente as relações entre o rei e os súditos, que vinham sendo observadas desde sempre em forma consuetudinária; relações essas que garantiam a liberdade dos súditos. Portanto, apesar de se encontrar na Magna Carta a base da evolução posterior do constitucionalismo inglês - que para ela sempre remete -, o documento era um dos pactos jurados entre rei e vassalos, muito frequentes no Direito feudal[26].

De fato, portanto, a Magna Carta limitou-se, em boa medida, a confirmar os direitos feudais existentes ou a restabelecê-los, quando haviam sido alterados discricionariamente pelo poder dos reis. A principal *garantia processual* da Magna Carta, por exemplo, está no seu Capítulo XXXIX, estabelecendo que *nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou despossuído ou colocado fora da lei ou de qualquer maneira destruído, nem o*

---

[24] ALBUQUERQUE, F. Uchoa de. Sôbre a carta política de João sem Terra. In: Revista da Faculdade de Direito. UFC, p. 153-163. http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/viewFile/380/323

[25] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

[26] FASSÒ, Guido. Historia de la filosofía del derecho. v. 1. Antigüedad y Edad Media. 3. ed. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Ediciones Pirámide, S.A., 1982, p. 166.

condenaremos, nem lhe imporemos prisão, exceto pelo juízo legal de seus pares ou conforme às leis do país. A Magna Carta deve sua fama a essa cláusula. O texto, como já referido, não cria o procedimento de *habeas corpus*, mas consagra a dupla garantia do *iudicium parium suorum* e da *lex terrae*. O primeiro significa o julgamento por jurados, excluindo que alguém pudesse ser condenado por um tribunal ou uma comissão especial dependente do rei. A segunda exigência, alternativa ou complementar a anterior, consiste em que o julgamento se faça conforme as leis do país. Trata-se, diz Satrústegui Gil-Delgado[27], de um requisito ambíguo, que chegou a ser entendido às vezes como equivalente ao primeiro (afinal, as leis do país, o *Common Law*, exigiam o julgamento por jurados desde o século XII). Acabou prevalecendo, porém, uma interpretação da *lex terrae* como uma garantia de conteúdo mais amplo, como o direito ao *devido processo legal* (*due process of law*[28]), ou seja, o direito à legalidade processual em todos os seus aspectos ou o direito a um julgamento justo[29].

---

[27] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

[28] Quando se trabalha com o *due process of law*, a atenção se volta aos chamados *princípios fundamentais*, que são aqueles princípios adotados pelo sistema jurídico, pela Constituição de um país, mediante critérios político-ideológicos. Dentre eles destaca-se o princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, podendo ser considerado a base de todos os outros princípios, nestes termos: *Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Dito princípio tem origem na Magna Carta inglesa de 1215, onde, no art. 39, fez-se referência à *law of the land*. O uso da expressão, todavia, aparecerá somente em 1354, na Lei inglesa baixada no reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Wesminster of the Liberties of London*, por meio de um legislador desconhecido (*some unknown draftsman*). Posteriormente, aparecerá também na Declaração dos Direitos de Maryland, em 1776, nos Estados Unidos. A chamada cláusula *due process of law*, em que pese trazer ínsita a ideia de processo, não indica apenas a tutela processual. Ela é bipartida de tal forma que podemos dividi-la em *substantive due process*, que é a incidência do princípio em seu aspecto material, e *procedural due process*, que representa a tutela do direito material por meio do processo. O devido processo legal, assim, manifesta-se em todos os campos do direito em seu aspecto substancial, tais como: o princípio da legalidade no direito administrativo: o administrador só faz o que a lei permite; age *secundum lege*; a proibição da retroatividade da lei penal; a garantia dos direitos fundamentais no direito constitucional, etc. Em sentido processual, a expressão, porém, é mais restrita: diz respeito aos padrões próprios do processo. No processo penal, por exemplo, ela se manifesta de várias formas: direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; direito a um rápido e público julgamento; direito ao contraditório; direito a arrolar testemunhas; direito à igualdade entre acusação e defesa; direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilícitas; direito à assistência judiciária gratuita. No processo civil a cláusula manifesta-se nos seguintes direitos e garantias, dentre outros: igualdade das partes; garantia do direito de ação; direito de defesa; direito ao contraditório, etc. A cláusula *procedural due process of law* é, portanto, a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e se defendendo do modo mais amplo possível. Por todos, consulte-se: NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 33-38.

[29] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

No geral, a Magna Carta manifesta-se como uma ordenação que invoca e se justifica na tradição[30]. Aliás, a interpretação prevalecente - exposta, por exemplo, no século XVIII, por um jurista liberal do porte de Blackstone – é a de que a Magna Carta recupera os princípios do velho direito saxão[31], anterior aos normandos, e *tempera*, atenua o rigor do sistema feudal estabelecido pelos conquistadores. Esse significado tradicional e restaurador da Magna Carta, porém, não dá conta suficiente de alguns dos seus preceitos que supuseram uma inovação indiscutível e revolucionária: uma *revolução antimonárquica de caráter nobiliário*[32]. Em primeiro lugar, o Capítulo XII, que requeria a autorização do *common council of our kingdom*, um órgão que pode ser considerado o antecessor do parlamento, para a imposição do *scutage* (do latim *scutagium* ou *serviço de escudo*), que era uma contribuição substituta do serviço de armas que os feudatários do rei eram obrigados a prestar quando não se incorporavam pessoalmente ao exército real. Esse preceito exigia também a aprovação do conselho comum do reino para as *aids*, que eram uma classe de contribuições solicitadas pelo rei, sem fundamento em uma obrigação feudal precisa. Essa cláusula atribuía um poder muito importante ao conselho comum do reino, por mais que possa ser exagerada a interpretação posterior de que aqui está o embrião do poder tributário do parlamento, pois o termo *parlamento* ainda não é utilizado nesse documento e porque o direito a ser convocado ao conselho comum do reino é reservado exclusivamente aos prelados da Igreja, os príncipes nobres e aos demais feudatários do rei. A composição típica do parlamento inglês somente se completará cinquenta anos depois da Magna Carta, com a convocação dos

---

[30] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

[31] Blackstone tentara dar uma *aura transcendental* ao *common law*. Segundo ele, o *common law* tinha raízes no direito costumeiro saxônico, que, na verdade, era *direito natural*, especificamente a lei de Deus do modo como a razão humana a havia percebido em épocas mais esclarecidas. Assim, Blackstone deu ao *common law* um *pedigree* de direito natural. POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção justiça e direito), p. 17-18.

[32] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

representantes dos condados e das cidades, dos *commons*, por decisão de Simón de Montfort[33].

A *cláusula mais expressiva* da revolução nobiliária e antimonárquica que representou a Magna Carta será encontrada, todavia, em seu último Capítulo, que pretende assegurar a vigência da Carta frente à resistência do Rei João[34]. O mecanismo de garantia consistia na eleição pelos barões de um conselho formado por vinte e cinco barões que velariam pelo cumprimento das liberdades consagradas na Carta. Qualquer violação da carta poderia ser denunciada ante o rei ou, se ausente do reino, ante seu ministro da justiça (*Justiciary*), por quatro desses barões, e, no caso de não se remediar o excesso denunciado, em um prazo de quarenta dias, esses quatro barões poderiam apelar ao conselho dos vinte e cinco que, com o concurso de todo o país – segundo proclama o Rei na Magna Carta -, *nos atacarão e nos assediarão com todos os meios de que sejam capazes, isso é, tomando nossos castelos, terras e posses e por quaisquer outros meios em seu poder, até que o excesso haja sido remediado*, com a única exceção de preservar a pessoa real ilesa, a rainha e os filhos do Rei. Adicionalmente, a Magna Carta justificava a rebelião popular contra o rei, ao autorizar qualquer pessoa a jurar obediência às ordens dos vinte e cinco barões, chegando inclusive a ordenar que prestassem esse juramento aqueles que estavam relutantes em fazê-lo. Esse preceito, na realidade, evidenciava que os barões não tinham fé num pacto com João Sem Terra e que se preparavam para depô-lo, como já haviam intentado fazer com anterioridade. Sua rebelião podia agora justificar-se na própria Magna Carta, o que era muito ruim para João. Por isso, embora se tenha chegado a eleger o primeiro conselho dos vinte e cinco, o Rei nem respeitou a Magna Carta e sequer se submeteu aos seus vinte e cinco guardiões, amparado que estava pela posterior declaração de nulidade do documento pronunciada pelo Papa Inocêncio III. Veja-se que, depois de 15 de junho de 1215, João Sem Terra

---

[33] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

[34] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

retirou-se para Windsor, sem qualquer intenção de cumprir o acordo, contando com a ajuda de Inocêncio III que, na condição de supremo senhor feudal da Inglaterra, condenou a Magna Carta como uma *usurpação do poder do Rei* e a declarou nula e inaplicável, sob ameaça de excomunhão[35].

As cláusulas mais revolucionárias da Magna Carta – as relativas ao poder tributário do conselho comum do reino e a eleição dos vinte e cinco barões –, mais tarde, foram, então, depuradas da versão posterior da Magna Carta, que foi confirmada pelo sucessor de João, o jovem Rei Henrique III, com a desculpa genérica de que em alguns capítulos da primeira Carta havia conteúdos que pareciam gravosos e duvidosos (*weighty and doubtful*)[36].

A revolução operada no mundo britânico com a Magna Carta foi, assim, uma revolução de caráter *jurídico*[37]. E isso representa uma vantagem porque, possivelmente, uma vitória armada, com o destronamento de João Sem Terra, não iria produzir, por séculos afora, uma impressão tão demarcadora dos princípios constitucionais. Até a Magna Carta ser definitivamente reconhecida e respeitada pela coroa, levou mais de meio século. Seus favores políticos, portanto, não foram gozados de imediato. Nem pelo alto clero, nem pela nobreza, nem pelos burgueses e nem pelos servos. E, embora nem sempre tenha sido respeitada, sempre foi invocada como salvaguarda; e, neste caso, com êxito (Oliveira Lima).

A Magna Carta, portanto, nem sempre conseguiu exercer a função controladora sobre o poder real; foi mais de uma vez repudiada e nem sempre teve um cumprimento correspondente à finalidade para a qual foi criada. Isso, porém, não se deu porque sua estrutura não condissesse com as razões da sua existência. O seu *relegamento*, explica Jayme de Altavila[38], foi uma reação da autocracia tocada pela *letra de fogo da lei de salvação*

---

[35] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

[36] SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. In: Historia Constitucional, n. 10, 2009. http://www.historiaconstitucional.com, págs. 243-262.

[37] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 126.

[38] ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964, p. 127.

nacional. E a benemerência de uma legislação nem sempre está na sua imediata objetividade. Ela pode existir em potencial, até o momento em que se evidencie em toda a plenitude, reparando as injustiças anteriores e exercendo um sentido de realidade benéfica. A redação definitiva da Magna Carta remonta a 1225. Ela foi mantida viva no reino inglês e foi constantemente evocada nos séculos subsequentes, de modo que as mesmas fórmulas foram adquirindo significados novos. Edward Coke, jurista e juiz no século XVII, viria qualificá-la, então, como a *fonte de todas as leis fundamentais do reino*[39].

[39] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 158-159.

VII

A Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789

1. Considerações históricas sobre a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

O século XVIII, por diversas razões, é um século *diferenciado*[1]. Por quê? Porque muitos processos históricos, cujas origens encontram-se no final da Idade Média e início da Idade Moderna (séculos XV e XVI), atingem nesse século sua culminância. Vejam-se, por exemplo, a Reforma e a Contrarreforma religiosas, e a destruição do Estado monarquista absoluto. Ao lado destes, o mais importante processo histórico que se origina é o que dá início ao processo de construção do homem comum como *sujeito de direitos civis*. Embora esse processo tenha seus primórdios nos séculos anteriores, será no século XVIII – com as Revoluções Americana (e a Declaração de 1776[2]) e Francesa (e a

---

[1] ODALIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 159-169.

[2] A Constituição Americana viria apenas em 1787 com a Convenção que a redigiu, na cidade de Filadélfia, no Estado da Pensilvânia. Segundo Voltaire Schilling, Thomas Jefferson, que não conseguiu fazer-se presente na Convenção, mostrou-se desgostoso com o documento aprovado por seus colegas, pois não abrigava nenhuma Declaração dos Direitos como já existia, por exemplo, na Constituição do Estado da Virgínia, de 1776. Temeroso pelo fato de não haver artigos que expressassem o repúdio à intromissão do Estado na vida do cidadão comum e que garantissem uma proteção legal contra tudo que abominava, Jefferson bombardeou por carta seus amigos, e também o Presidente George Washington, reclamando uma *Bill of Rights* válida para todos os estados. Uma Declaração que servisse a todos os americanos, e não apenas uma para os virgininianos, outra para os nova-iorquinos, outra, ainda, para os bostonianos. Um documento *máter*, enfim, que espelhasse os anseios coletivos, da União e não só dos estados, e que servisse como exemplo das possibilidades do que Jefferson chamava de autogoverno (a democracia). Exatamente naquele mês de setembro, em que Jefferson regressava à América, seu amigo James Madison fazia aprovar as dez primeiras *amendments*, as emendas constitucionais de 1789, que somente entraram em vigor 810 dias depois, em 15 de dezembro de 1791, quando, por fim, onze estados americanos as aprovaram. Elas providenciavam salvaguardas para alguns direitos fundamentais, tais como a liberdade de religião, de expressão e de imprensa. Asseguravam ao

Declaração de 1789, especialmente)[3], e a Revolução Industrial – que de maneira decisiva deslanchar-se-á.

O século XVIII é o século do Iluminismo, da Ilustração; é o século de Voltaire, Montesquieu, Kant, Holbach, Diderot, D'Alembert, Goethe, Rousseau, Mozart e Beethoven. É no século XVIII que se dá a tentativa de transformação das ciências da natureza em ciências da razão e da experimentação; tudo impulsionado por Isaac Newton, ao final do século XVII, com seus trabalhos sobre Física, em especial a Lei da Gravidade. E é no século XVIII que o homem começa a tomar consciência da sua situação na história; consciência histórica que não será exclusiva do intelectual, mas, também, da burguesia. Esta é a classe ascendente; é a classe que passa a perceber sua importância nas transformações sociais, políticas, econômicas e culturais[4], e que dará o título de *Revolução Burguesa* ao movimento revolucionário.

Qual era, no entanto, o panorama social, econômico e político em que se encontrava a França na época em que eclodiu a Revolução? Como surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão? Pois bem. Após os governos de Luís XIV e Luís XV, a França estava empobrecida[5]. A luxuosa corte real e a Guerra dos Sete Anos pesaram demasiadamente sobre o

---

cidadão o direito de portar armas, de reunir-se pacificamente para reclamar do governo. Garantia-se o direito de a pessoa não depor contra seus próprios interesses, bem como lhe assegurava julgamento por júri popular. Algumas dessas salvaguardas remontavam aos direitos ingleses dos tempos da Magna Carta, de 1215, ou do código de Eduardo III, de 1335, enquanto outras eram novidades revolucionárias, tais como a separação do Estado da religião. SCHILLING, Voltaire. América: a história e as contradições do império. Porto Alegre: L&PM, 2004, p. 38.

[3] A inauguração simbólica e o marco inicial da modernidade podem ser situados no tempo na aprovação dos documentos revolucionários do século XVIII: os norte-americanos *Declaration of Independence* (1776) e *Bill of Rights* (1791), já referidos anteriormente, e o francês *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789). Para Costas Douzinas, seu encerramento simbólico foi situado na queda do Muro de Berlim, em 1989. Nesse meio tempo, os direitos naturais proclamados pelas declarações do século XVIII transformaram-se em direitos humanos, seu escopo e jurisdição expandiu-se da França e dos Estados Unidos para toda a humanidade e seus legisladores ampliaram-se das assembleias revolucionárias para a comunidade internacional e seus plenipotenciários e diplomatas em Nova York, Genebra e Estrasburgo. Nesses dois longos séculos, as ideias revolucionárias não apenas triunfaram no cenário mundial, mas também foram violadas das formas mais atrozes e sem precedentes. DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 99.

[4] ODALIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 159-169.

[5] JULIERME. História moderna e contemporânea. São Paulo: Instituto Brasileiro de Edições Pedagógicas, [s/d], p. 85-89.

país[6]. A economia francesa também havia sido golpeada pela perda do Canadá e da Índia para os ingleses. A população francesa era de aproximadamente 25 milhões[7]. Destes, 100 mil eram nobres e donos de privilégios. Constituíam a primeira classe social. Além de não pagarem impostos, podiam cobrá-los dos camponeses residentes nas suas terras. Também monopolizavam os melhores cargos públicos, possuindo regalias na Justiça. A segunda classe social era o Clero, com cerca de 400 mil pessoas. O Alto Clero tinha praticamente os mesmos privilégios dos nobres; o Baixo Clero tinha menos regalias. A terceira classe era a mais numerosa, com mais de 24 milhões de pessoas: o *Terceiro Estado*. Essa classe não tinha regalias e pagava com seus impostos o luxo e os privilégios das outras duas classes. Enquanto nos banquetes dos nobres desperdiçavam-se iguarias, faltava pão na mesa dos camponeses e operários.

A verdade, portanto, é que, em 1787, o reino da França era praticamente uma *sociedade sem governo*[8]. Luís XVI, embora ainda mantivesse o consenso dos súditos em torno de sua figura, vinha sofrendo um processo de deslegitimação da sua autoridade real; processo esse motivado por maus ministros e nefastos conselheiros, e agravado pela crise econômica, agrícola, industrial e social. A Revolução Americana, pouco tempo antes, também viria incrementar essa crise, alimentando a rebelião com uma *Carta de Direitos* e com o próprio déficit financeiro que a ajuda francesa havia produzido. Luís XVI, então, tenta estancar a crise financeira com uma reforma fiscal, convocando Necker e Turgot para ministros. Como tomaram medidas contrárias aos interesses dos nobres, acabaram sendo afastados por interferência de Maria Antonieta, a rainha. Em maio de 1789, Luís XVI desencadeia, então, um processo eleitoral de modo a constituir os

---

[6] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 306.

[7] JULIERME. História moderna e contemporânea. São Paulo: Instituto Brasileiro de Edições Pedagógicas, [s/d], p. 85-89.

[8] CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. O surgimento/descoberta de um novo direito e de uma nova política e a revolução francesa. In: Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 24 – n. 3 – SET-DEZ 2019.

Estados Gerais – Assembleia dos Representantes do Povo, que não se reunia desde 1614 - como uma instância com poderes para promover a recuperação das finanças. Os deputados, então, reúnem-se e acabam debatendo problemas gerais, além dos financeiros. O Terceiro Estado, porém, passa a exigir que a votação seja feita pelo número de deputados. Com isso ganharia sempre porque tinha o dobro de representantes. O Clero e a Nobreza, por sua vez, queriam votação por classe. Encontrando-se fechada a sala da Assembleia Nacional, o Terceiro Estado, então, reúne-se em outro local, dali não saindo, apesar da ordem do rei para se dispersar. O rei vem a ceder e as três classes passam a redigir uma Constituição para a França. Aqui, o *início do fim* do absolutismo real: o rei reconhece que o poder do povo limita o seu. Em 14 de julho de 1789, o povo de Paris, desconfiando de que o rei pudesse vir a dissolver a Assembleia Constituinte, revolta-se e ataca a Bastilha, a prisão onde eram encarcerados os inimigos do regime. A chamada *queda da Bastilha* passa a ser um dos marcos da Revolução Francesa.

A Assembleia Constituinte, em julho de 1789, propôs discutir e aprovar uma Constituição. E essa aprovação viria ocorrer, finalmente, em setembro de 1791, mais de dois anos depois. O termo *Constituição*, também por influência do modelo lançado nos Estados Unidos da América, entrava, então, na história política da Europa, delineando liberdades fundamentais e os pilares do orçamento público do Estado. Antes, porém, os constituintes decidiram colocar em um texto alguns *princípios cardeais* da nova ordem a ser instituída. E assim veio à luz a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembleia entre 20 e 26 de agosto de 1789, constituída por um preâmbulo e 17 artigos. A lei, expressão da vontade popular da *nação* - esta, o novo *sujeito titular da soberania* -, passa, então, a ser o instrumento para a afirmação dos direitos fundamentais[9]. Determinantes para essa guinada foram as teses do abade de Sieyès

---

[9] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 307.

que, em *O que é o terceiro Estado?* (*Qu'est-ce que le tiers état?*)[10], teorizara a ideia de nação e a soberania do povo. Para Sieyès, uma assembleia representativa, não dividida por classes, ao estabelecer a constituição, estava habilitada a exercer a plena soberania, que cabia à nação, independentemente da vontade do rei, e que, acima de si, só devia reconhecer o direito natural[11].

Com a nova Constituição, começa, então, a segunda fase da Revolução[12]. A França passa a ter uma monarquia constitucional, e a Assembleia Constituinte é substituída pela Assembleia Legislativa. Como, desde os primeiros tempos da Revolução, milhares de nobres haviam fugido da França e organizado um exército em território austríaco, Paris se vê ameaçada. É que, aliado aos prussianos, esse exército invade a França e toma Verdun. Luís XVI é, então, acusado de traição à pátria por ter concordado com o exército invasor. Será aprisionado na Assembleia Legislativa e suspenso de suas funções. Marat, jornalista influente, convence, então, o povo a invadir as prisões. Dezenas de suspeitos de traição aguardando julgamento serão mortos. O exército de voluntários franceses, sob o comando do General Dumouriez, salva a França da invasão, vencendo os soldados prussianos em Valmy, no mês de setembro de 1792.

Inicia-se, em seguida, a terceira fase da Revolução. A *Convenção*, também uma Assembleia, começa a se reunir. Irá proclamar a República e condenar Luís XVI à morte pela guilhotina em janeiro de 1793. Na Convenção, porém, reinava o desentendimento. O partido político moderado dos Girondinos tentava impedir a execução de Luís XVI. Daí a animosidade gerada entre Danton, orador do partido Montanhês, e Robespierre, do

---

[10] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa (Qui Est-ce que le Tiers Etat?). Rio de Janeiro: Líber Juris, 2001. Nas palavras de Sieyès, *A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal [...]. Qualquer que seja a forma que a nação quiser, basta que ela queira; todas as formas são boas, e sua vontade é sempre a lei suprema*. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa (*Qui Est-ce que le Tiers Etat?*). Rio de Janeiro: Líber Juris, 2001, p. 50-51.

[11] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 306.

[12] JULIERME. História moderna e contemporânea. São Paulo: Instituto Brasileiro de Edições Pedagógicas, [s/d], p. 85-89.

partido Jacobino. Os Girondinos, que representavam a alta burguesia, foram expulsos da Convenção, seguindo-se daí o período mais agitado da Revolução: sozinhos no poder, os montanheses passaram a julgar sumariamente todos aqueles que eram considerados inimigos da Revolução. Milhares de pessoas, assim, seriam condenadas à morte. Estava instaurado o *Terror*[13]: à frente da Junta de Salvação Pública, Danton e, depois, Robespierre presidem a queda da cabeça de centenas de seus inimigos. Maria Antonieta e Lavoisier estão entre os guilhotinados. Mais tarde, o próprio Danton seria condenado à morte por Robespierre. É o início do período de perseguição aos cristãos, com ataques às igrejas e punição aos padres. O calendário religioso é mudado por um revolucionário. O Terror chega, então, ao fim após 13 meses de sangrentas execuções: Robespierre, acusado de tirania, também é condenado à morte.

A Revolução Francesa, portanto, é, de fato, constituída por uma série de acontecimentos. Ela causou uma profunda guinada na história do direito europeu e, posteriormente, do mundo ocidental. A Assembleia Nacional Constituinte, de 1789 a 1791, com suas inovações, influenciou a história constitucional da França e as escolhas e tendências amadurecidas no continente europeu no decurso do século XIX. À primeira revolução, então, somaram-se outras. O radicalismo e a violência cresceram e chegaram ao seu ápice, por fim, com a convenção jacobina e com o Terror de 1793-1794. Após a queda de Robespierre, em 27 de julho de 1794 (9 de Termidor do ano II), os quatro anos do Diretório desembocaram no golpe de Estado de 11 de novembro de 1799 (18 de Brumário do ano VIII), que

[13] A origem da palavra *terrorismo* remonta à Revolução Francesa, com o período de terror instaurado pelo partido jacobino, liderado por Robespierre. Inicialmente, portanto, o termo designava a forma de política praticada pelo Estado, que se utilizava do terror. LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático. Madrid: La Ley, 2010, p. 109. Também: AVILÉS, Juan. Los orígenes del terrorismo europeo: narodniki y anarquistas. In: JÓRDAN, Javier (Coord.). Los orígenes del terror: indagando en las causas del terrorismo. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2004, p. 61; CALLEGARI, André Luís et al. O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo: de acordo com a Lei nº 13.260/2016. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 23.

instituiu o consulado e inaugurou 25 anos do domínio napoleônico na França e na Europa[14].

2. Causas e efeitos da Revolução Francesa

Embora boa parte das reformas introduzidas pela constituinte tenha raízes nas ideias iluministas, para alguns autores – caso de Antonio Padoa Schioppa[15] -, seria equivocado ver a revolução como *resultado natural do programa dos filósofos*. Nenhum deles, diz Schioppa, a previu e muitos, inclusive, a teriam condenado. Teria sido, assim, uma *revolução sem maestro* (Cavanna), pois, no decorrer dos eventos, os desdobramentos foram imprevisíveis e imprevistos, inclusive pelos seus protagonistas. Para Schioppa, o que de fato ocorreu foi uma *sucessão de várias revoluções*, diferentes entre si, cada uma enxertada na precedente, que explodiram uma após a outra até que Napoleão viesse regularizá-las[16].

Com relação às influências iluministas como causadoras da Revolução, e com relação aos seus efeitos, penso, no entanto, que possa assistir razão a autores como Costas Douzinas e Ben Shapiro. Para Douzinas[17], nas formulações da Declaração Francesa é possível detectar a *expressão legal do projeto do Iluminismo*. A *nova era*, diz ele, prometia a emancipação do indivíduo de todas as formas de opressão política primeiramente e, potencialmente, de *tutelagem* de classe ou social. E, *genericamente*, diz Douzinas, emancipação significava o *abandono progressivo do mito e do preconceito em todas as áreas da vida e a sua substituição pela razão*.

---

[14] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 305.

[15] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 305.

[16] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 305.

[17] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 103-104.

Também para Shapiro[18] os principais pensamentos que conduziram a Revolução Francesa foram as ideias filosóficas - e complementares - de Voltaire e Rousseau, mesmo que ambos os escritores, em especial Voltaire, tenham desdenhado do seu legado. Para Shapiro[19], a Revolução Francesa foi baseada na *vontade geral*, de Rousseau, na *generalização da virtude tradicional*, de Voltaire, e no *otimismo quanto à perfectibilidade da humanidade*, alcançável por meio do uso da razão, independentemente da virtude. O senso de propósito com que nasceu a Revolução Francesa, assim, é *utópico*: o homem finalmente seria libertado das antigas restrições; restrições não apenas políticas, mas da *alma*, *correntes da liberdade humana*. Para os filósofos franceses, a religião impunha *prisões* ao homem e não podia ser vista como o baluarte da moralidade e da racionalidade ocidentais, mas, sim, como principal obstáculo a elas. Daí ter afirmado Denis Diderot que *queria estrangular o último rei com as entranhas do último padre*. O problema é que, como explica Shapiro, a *razão sem fronteiras*, combinada com a *paixão natural*, logo viria resultar numa *mistura tóxica*, tornando-se o *culto da razão* a primeira *religião oficial* da nova França, que passava, então, a adorar um só deus: o *povo*.

A Revolução Francesa também substituiu a virtude dos antigos – que buscavam um código objetivo para viver, investigando o Universo usando a *razão justa* – pela virtude do coletivo e pelo subjetivismo radical. Robespierre, escreve Shapiro[20],

> definiu a virtude em um discurso exaltando a nova república francesa: "Nada mais é do que o amor pela *patrie* e por suas leis." Defender essa virtude exigia tudo, até, e inclusive, a violência política: "Se a mola do governo popular na paz é a virtude, a mola do governo popular na revolução é, ao mesmo tempo, *a virtude e o terror*: a virtude, sem a qual o terror é funesto; o terror, sem o qual a virtude é impotente." Diderot, um materialista que desprezava até

[18] SHAPIRO, Ben. O lado certo da história: como a razão e o propósito moral tornaram o Ocidente grande. Traduzido por Carolina Gaio. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 121.

[19] SHAPIRO, Ben. O lado certo da história: como a razão e o propósito moral tornaram o Ocidente grande. Traduzido por Carolina Gaio. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 118.

[20] SHAPIRO, Ben. O lado certo da história: como a razão e o propósito moral tornaram o Ocidente grande. Traduzido por Carolina Gaio. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 120.

> mesmo o deísmo, definiu a virtude em termos puros do relativismo moral: "Existe apenas uma virtude, a justiça; um dever, ser feliz; um corolário, não superestimar a vida nem temer a morte."

Para Ben Shapiro[21], a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 rejeitou os valores judaico-cristãos e as antigas virtudes em nome da vontade geral, expressando a crença de que o lugar do homem no universo gira em torno de seu papel como parte da coletividade. Daí por que todo direito individual expresso na Declaração Francesa é refreado pelo direito do coletivo de anulá-lo. Quando, por exemplo, a Declaração dispõe que *Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum*, esta segunda cláusula destitui o sentido da primeira, pois, afinal de contas, se os homens são iguais em direitos, como esses direitos se submetem, então, às opiniões da maioria?

Segundo Shapiro[22], a resposta é clara: na Declaração Francesa os direitos não brotam de Deus e nem de um governo já consolidado. É que o princípio de toda a soberania reside na nação e nenhuma operação e nenhum indivíduo podem exercer autoridade que dela não emane expressamente. Assim, todos os direitos emanam do Estado, o *Leviatã* hobbesiano, que agora ganha vida. Por isso, mesmo que a Declaração preze pelo princípio de não agressão, dispondo que a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo, tais limites só podem ser determinados por lei, e a lei – e isso o próprio documento declara – é a *expressão da vontade geral*. E assim é que os direitos religiosos são secundários à *ordem pública estabelecida pela lei*, e que a liberdade de expressão é garantida... exceto como será *estabelecida pela lei*. Resumindo, com Shapiro: o coletivo governa o indivíduo, e a vontade geral triunfa sobre a individual.

---

[21] SHAPIRO, Ben. O lado certo da história: como a razão e o propósito moral tornaram o Ocidente grande. Traduzido por Carolina Gaio. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 120-121.

[22] SHAPIRO, Ben. O lado certo da história: como a razão e o propósito moral tornaram o Ocidente grande. Traduzido por Carolina Gaio. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 121.

Para os franceses, portanto, a Revolução era um ato de vontade popular suprema, destinado a reconstruir radicalmente a relação entre a sociedade e o Estado conforme os princípios dos direitos naturais[23]. Os franceses entendiam que o *ancien régime*[24] havia degradado a natureza e corrompido a constituição. Era tarefa da filosofia, então, auxiliar na elaboração de um esquema racional para o novo Estado, com base na proteção dos direitos. A revolução, explica Douzinas, levou a filosofia para as *barricadas* e, uma vez vitoriosa, apontou-a como sua principal conselheira[25].

A *estratégia* da Revolução Francesa e dos seus documentos é, portanto, predominantemente *moral* e *voluntarista*. E dessa estratégia os direitos humanos constituem a descendência. Os direitos humanos, diz Costas Douzinas[26], são uma forma de política comprometida com um senso moral de história e uma crença proativa de que a ação coletiva pode vencer a dominação, a opressão e o sofrimento; fazemos, pois, a nossa história e podemos, portanto, julgá-la quando nos deparamos com instâncias flagrantes de imoralidade histórica persistente. Para Douzinas[27],

---

[23] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 103. Como explica Roger Scruton, quando os revolucionários franceses irrompem no palco da política mundial, fazem-no com a declaração de que dali em diante não é mais a soberania, a lei ou a divindade que comandam a lealdade do cidadão, mas a nação. SCRUTON, Roger. Como ser um conservador. Tradução de Bruno Garschagen; revisão técnica de Márcia Xavier de Brito. 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2020, p. 55.

[24] O *ancien régime* (*Antigo Regime*) é o regime social e político que a Revolução Francesa destruiu. Começa com o advento dos Bourbon, em fins do século XVI, compreendendo, então, a época que media entre o desencadeamento das guerras de religião e o princípio da era revolucionária. Nessa época, a França padeceu de múltiplas e profundas modificações. Segundo Frantz Funck-Brentano, talvez tenha havido mais diferença entre a sociedade da época de Luís XIII e a dos fins do século XVII, que entre esta e a sociedade produzida pela Revolução. Por outro lado, as transformações políticas e sociais do reinado de Luís XVI foram tão rápidas e importantes que quase não se poderia dizer que haja formado parte do Antigo Regime. Para Funck-Brentano, quase se poderia afirmar que a Revolução Francesa começou com o advento de Luís XVI. Poder-se-ia pensar também nas reformas parlamentares do chanceler Maupeou (1770-1771), obra revolucionária e de grande envergadura. O que chamaram *Antigo Regime* está representado, em realidade, pelo estado social e político do reinado de Luís XV, época bela e gloriosa em que a França havia brilhado com o esplendor das letras e das artes, pela perfeição de sua indústria, pela difusão da sua influência e da sua língua, e por seus exércitos e sua diplomacia. Frederico II, aliás, chegou a exclamar que os franceses seriam os *romanos dos tempos modernos*. FUNCK-BRENTANO, Frantz. El antiguo regimen. Traducción del francés por Rafael Vázquez-Zamora. Barcelona: Ediciones Destino, S. L., 1953, p. 11.

[25] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 103.

[26] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 104.

[27] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 105.

> O agente da história e a definição de opressão diferiram radicalmente desde o século XVIII: na extremidade coletiva, revolucionários sociais, rebeldes anticoloniais e os bombardeiros da OTAN na ex-Iugoslávia estavam todos envolvidos em cruzadas políticas de caráter moral. Eles foram acompanhados, na extremidade privada, por doadores de caridade, colaboradores assistenciais e redatores de cartas para o *The Guardian* e, no meio disso, por campanhas em prol dos direitos humanos e ONGs. Os grandes movimentos políticos da nossa era, que apelaram aos direitos humanos ou naturais, são os descendentes dos revolucionários franceses: eles incluem as campanhas antiescravidão e de descolonização, a luta popular contra o comunismo, o movimento contra o *apartheid*, movimentos de protesto de sufragistas pelos direitos civis, de movimentos sindicalistas e de trabalhadores às várias resistências contra a ocupação estrangeira e a opressão interna.

A Revolução Francesa, de fato, foi sangrenta, cruel e terrível[28]. Milhares de pessoas foram assassinadas pelo regime entre 1793 e 1794; outro quarto de milhão de mortos em uma guerra civil por causa de um projeto destinado a combater a invasão estrangeira[29]. Na França, os *direitos do homem* conduziram, assim, às piores infâmias, a regicídio e ao assassinato de aristocratas e juízes[30]. O que se seguiu, então, à revolução foi a ascensão de Napoleão Bonaparte, lançando todo o continente numa era de agitação. Para Ben Shapiro[31], a Revolução Francesa, embora nascida com os sonhos de liberdade, igualdade e fraternidade, *deu errado* porque o seu Iluminismo rejeitou as lições do passado, vendo na história do Ocidente mera

---

[28] Milhares de *federalistas* foram guilhotinados em Paris, fuzilados em Lyon e afogados em Nantes. A França, assim, foi *aplainada* e *nivelada*; as velhas províncias, com suas tradições e suas autoridades particulares, se despedaçaram e foram divididas em departamentos. Ao final da Revolução, o número de funcionários públicos havia duplicado, e a França patronal, feudal, pitoresca, ativa, de iniciativas fecundas e frondosas, havia morrido. Nascia, então, a França administrativa. A revolução destruiu a antiga família francesa e, por meio da administração, deu à centralização a forma que lhe convinha. As reformas familiares e administrativas, assim, são os dois traços essenciais onde a obra revolucionária subsistiu, respondendo à transformação dos costumes e às novas necessidades econômicas. Mesmo se Luís XVI tivesse continuado no trono, ou seus sucessores ou seus ministros, ou quem viesse a substitui-los iriam ter de realizá-las, quisessem ou não FUNCK-BRENTANO, Frantz. El antiguo regimen. Traducción del francés por Rafael Vázquez-Zamora. Barcelona: Ediciones Destino, S. L., 1953, p. 352.

[29] SHAPIRO, Ben. O lado certo da história: como a razão e o propósito moral tornaram o Ocidente grande. Traduzido por Carolina Gaio. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 122.

[30] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 167.

[31] SHAPIRO, Ben. O lado certo da história: como a razão e o propósito moral tornaram o Ocidente grande. Traduzido por Carolina Gaio. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 122-123.

repressão e brutalidade, ansiando por um amanhã repleto de visões e sonhos baseados em noções vagas da bondade humana. Segundo Shapiro, foi Edmund Burke (1729-1797), um membro do Parlamento britânico e entusiasta dos colonos norte-americanos e contrário à Revolução Francesa, quem melhor a criticou. Para Burke, a revolução falhou porque ignorou as lições da natureza humana, a moralidade do cristianismo e as tradições do passado. A revolução – e esse era o temor de Burke – eliminou os dois fundamentos da civilização ocidental: o *espírito de cavalheiro* e o *espírito da religião*. Daí ter advertido que o triunfo da racionalidade sobre a tradição e os valores judaico-cristãos é que tornaria a razão um mero mote a ser vulgarizado pelas forças políticas. Burke, explica Shapiro[32], só teria previsto essa tragédia porque se manteve fiel aos preceitos da civilização ocidental: o *télos* grego e a moralidade judaico-cristã.

Fato é que a Revolução Francesa foi a primeira revolução completa liderada por filósofos, metafísicos e homens das letras. Eles foram seus principais arranjadores e realizadores. Esses filósofos tinham por objetivo derrubar o *ancien régime* em toda a sua força institucional e moral, e redesenhar completamente o mapa da nação e do Estado, seguindo prescrições e receitas filosóficas, o que, para Burke, era, na verdade, uma *tolice*, pois a prática política e a sabedoria prática ou prudência diferem da especulação teórica. Enquanto a primeira se preocupa com o particular e o mutável, a teoria preocupa-se com o universal e o imutável. E nenhum aspecto da política pode ser concebido no *abstrato*. Por isso a crítica de Burke ao *discurso dos direitos* que, para ele, padecia de um idealismo e de um racionalismo metafísico, seguindo, portanto, uma *metafísica política tosca*[33].

Edmund Burke também via problemas com a *popularidade* dos líderes da Assembleia Nacional Francesa que, em sua opinião, não tinham capacidade para harmonizar liberdade e restrição. Em suas palavras:

---

[32] SHAPIRO, Ben. O lado certo da história: como a razão e o propósito moral tornaram o Ocidente grande. Traduzido por Carolina Gaio. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 123.

[33] Cfe. DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 160-161.

> Os efeitos da incapacidade demonstrada pelos líderes populares em todas as questões fundamentais da comunidade devem ser cobertos pelo "onirreparador nome" da liberdade. Observo, como efeito, algumas pessoas gozarem de grande liberdade; e muitas outras, se não a maioria, numa servidão opressiva e degradante. Mas o que é a liberdade sem a sabedoria e a virtude? É o maior de todos os males possíveis, pois é apenas estupidez, vício e loucura sem proteção ou freio. Os que sabem o que é a liberdade virtuosa não podem suportar vê-la desonrada por mentes incapazes em virtude das palavras altissonantes que lhes saem da boca. Certamente não desprezo um grande e entusiasmado sentimento de liberdade, estou certo disso. Eles aquecem o coração, engrandecem e liberam nossas mentes, animam nossa coragem em época de conflito. Velho como sou, sigo lendo com prazer os belos arroubos de Lucano e Corneille. Tampouco condeno totalmente os artifícios e os mecanismos da popularidade: eles facilitam a realização de muitos projetos importantes; mantêm o povo unido; alentam o espírito em seus esforços; e imprimem uma alegria passageira sobre a severa fronte da liberdade moral. Todo político deveria fazer sacrifício às graças, e unir a complacência à razão. Todavia, em um empreendimento como esse da França, todos esses sentimentos e artifícios secundários são de pouca utilidade. Constituir um governo não requer demasiada prudência. Estabeleça a sede do poder, ensine a obediência, e o trabalho estará pronto. Dar liberdade é ainda mais fácil. Não é necessário guiar; e requer apenas que se solte a rédea. Mas construir um *governo livre*, ou seja, harmonizar elementos opostos como a liberdade e a restrição numa obra consistente, é algo que exige muito estudo, profunda reflexão, e uma mente sagaz, poderosa e flexível. Não encontro nada disso entre os que assumiram a liderança da Assembleia Nacional[34].

É importante ressaltar que o Iluminismo, enquanto movimento de valorização da razão e na condição de um dos propulsores dos movimentos revolucionários, em especial da Revolução Francesa, não é uma exclusividade francesa. Isso fica muito claro a partir das lições de Gertrude Himmelfarb[35], para quem os franceses, na verdade, teriam *dominado* e *usurpado* o Iluminismo, pois, em grande parte, ele fora criado, de fato,

[34] BURKE, Edmund. Reflexões sobre a Revolução na França. Tradução, apresentação e notas de José Miguel Nanni Soares. São Paulo: Edipro, 2014, p. 252.

[35] HIMMELFARB, Gertrude. Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 18-19.

pelos britânicos. O Iluminismo britânico, portanto, detém um caráter único, importantíssimo nesse sentido. Veja-se que, dos traços associados ao Iluminismo – razão, direitos, natureza, liberdade, igualdade, tolerância, ciência, progresso -, a razão, certamente, é quem encabeça a lista. A virtude, assim, estaria ausente, sobretudo no Iluminismo francês. Ela se fez presente, porém, no Iluminismo britânico, que lhe deu primazia. E aqui a virtude, como explica Himmerfarb[36], não diz com a virtude *pessoal*, mas com as *virtudes sociais* – compaixão, benevolência, simpatia – que, natural, instintiva e habitualmente, tendem a unir as pessoas. Os filósofos britânicos, ao contrário dos *philosophes* franceses que tinha dado posição primordial à razão, não a negaram, mas lhe atribuíram um papel secundário, instrumental.

A Revolução Francesa, geralmente considerada como a inauguração do mundo moderno, teria, assim, resultado da filosofia. Não foi diferente o que se passou com a república americana, também produto do pensamento. Esse pensamento, porém, era de um tipo diferente. Talvez por isso, como atestou certa feita Hannah Arendt – A referência é de Himmelfarb[37] -, a Revolução Francesa tenha terminado em *desastre*, fazendo, no entanto, *história no mundo*, ao passo em que a Revolução Americana, bem sucedida, permaneceu um evento de importância pouco mais que local.

Em síntese, enquanto na França a essência do Iluminismo foi a razão, na Grã-Bretanha e na América, seu papel não foi tão preeminente e, inclusive, a religião não foi vista como o *inimigo supremo*. Os iluminismos britânico e americano foram liberais em termos de religião; não houve nesses países uma cultura de luta para perturbar e dividir o povo, negando o passado contra o presente, e confrontando sentimentos iluministas com instituições retrógradas e criando divisões intransponíveis entre razão e religião. Ao contrário, a variedade de seitas religiosas foi uma garantia de

---

[36] HIMMELFARB, Gertrude. Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 22-23.

[37] HIMMELFARB, Gertrude. Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 25-26. A referência é à obra *On Revolution*, de Arendt.

liberdade e, por diversas vezes, instrumento de reforma social e de salvação espiritual. A força propulsora do Iluminismo britânico, como referido, foi as virtudes sociais, as afecções sociais. Já na América a *força motriz* de seu Iluminismo, o motivo da sua revolução e a base para a república foi a liberdade política. Por tais razões, para Himmelfarb[38], o Iluminismo britânico representa a *sociologia da virtude*; o francês, a *ideologia da razão*; e o americano, *a política da liberdade*. Em suas palavras,

> Os filósofos morais britânicos eram mais sociólogos do que filósofos; preocupados com o homem em relação à sociedade, eles viam as virtudes sociais como base para uma sociedade saudável e humana. Os franceses tinham uma missão mais excelsa: fazer da razão o princípio condutor tanto da sociedade quanto das mentes; "racionalizar", por assim dizer, o mundo. Os americanos, mais modestamente, visavam criar uma "nova ciência da política", que estabeleceria a nova república sobre a sólida fundação da liberdade[39].

Outra crítica – que, a meu ver, procede e se vincula a esses distintos paradigmas do Iluminismo - vem da pena de Costas Douzinas e tem a ver justamente com os objetivos das declarações americana e francesa: enquanto o objetivo dos documentos norte-americanos era legitimar a independência política da Grã-Bretanha, o da Declaração Francesa era depor a ordem social do *ancien régime*[40]. Assim, em que pese ser reconhecida a influência norte-americana nos debates parlamentares de julho e agosto de 1789 na França, há uma distinção bem precisa delineada entre as duas declarações. Consoante afirmação de Rabaud Saint-Etienne[41] na Assembleia Nacional, a *prioridade número um* para uma nação em vias de nascer é destruir a velha ordem e recomeçar a partir do estabelecimento de um novo poder legislativo. Consequentemente, a necessidade de começar com

---

[38] HIMMELFARB, Gertrude. Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 40.

[39] HIMMELFARB, Gertrude. Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 40-41.

[40] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 101.

[41] A referência é feita por DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 102.

uma declaração geral de direitos não era premente para os norte-americanos. Para a nação francesa, que, ao contrário dos norte-americanos, já existia, a maior prioridade era *constituir*, e não *declarar* os direitos, uma vez que eles são uma parte integral da Constituição, constituindo a declaração de direitos a base para o próprio governo e sendo, assim, elaborada antes da Constituição. Por isso a Declaração Francesa prefaciava sua Constituição com a Declaração tornando-a a base e a legitimação da reforma constitucional, ao passo que, nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos foi introduzida como uma série de emendas à Constituição norte-americana[42].

3. A Declaração (ou *as Declarações*) e os seus direitos

É importante não confundir a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que abre a Constituição de 1793 (o Ato Constitucional de 24 de junho de 1793)[43]. A Declaração de 1789 implica a ideia de uma *felicidade pública* por meio da liberdade, sem, no entanto, fazer menção a qualquer *direito à felicidade*. Já o art. 1º da Declaração de 1793 enuncia explicitamente que *o fim da sociedade é a felicidade comum*. A ideia revolucionária, no decurso da Revolução Francesa, passa, portanto, da proteção das liberdades para a vontade de realizar a felicidade coletiva. O par conceitual, aqui, tende para a felicidade e igualdade[44].

Ambas as Declarações francesas, a exemplo da Declaração Americana de 1776, proclamam direitos do homem, dos quais se pode, generalizando,

---

[42] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 102. As emendas à Constituição de 1787 somam 26 no total e foram sendo aprovadas conforme os acontecimentos políticos, sociais e econômicos da história norte-americana assim exigiram. Destacam-se entre elas a XIII, que aboliu a escravidão, e a XIX, que implantou o voto feminino. Nesse sentido, consultem-se: CORWIN, Edward S. A Constituição norte-americana. Rio de Janeiro: Zahar, 1986; SCHILLING, Voltaire. América: a história e as contradições do império. Porto Alegre: L&PM, 2004, p. 40.

[43] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 153.

[44] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 153.

deduzir um direito natural ou fundamental à felicidade. A primeira pergunta, porém, que se deve fazer é: de que *homem* as Declarações francesas estão a tratar? As Declarações francesas, explicam Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli[45], procuram conciliar duas orientações: a ideia de um *homem natural*, que vê afirmados os seus direitos pré-políticos, e a de um *homem civil*, *político* (distinção entre homem e cidadão, que se encontra em Rousseau). As Declarações fazem da conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem a finalidade de qualquer associação política, consoante o que dispõe o art. 2º do texto de agosto de 1789, por exemplo. As Declarações francesas querem instituir a figura ideal do cidadão para, com ele, justificar o poder. É a *concepção racionalista de liberdade*[46].

A natureza pública e política da Revolução, assim, faz-se evidente em todos os níveis[47]. Os direitos pertencem ao homem e ao cidadão, o que ressalta a íntima ligação entre humanidade e política. A diferença entre os direitos naturais do homem e os direitos políticos do cidadão, portanto, não fica clara. O *Ser Supremo* apenas *testemunha*, mas não *legisla* ou *orienta* a Declaração, que é o ato dos representantes do povo agindo como o porta-voz da *volonté générale* de Rousseau. Finalmente, os direitos proclamados não constituem um *fim em si mesmo*, mas os *meios* usados pela Assembleia para reconstruir o Estado[48].

Aqui deve ser chamada a atenção para um aspecto curioso. As declarações, tanto as francesas quanto a americana, contêm um *paradoxo* porque elas pronunciam os direitos do homem a fim de resgatá-lo da ignorância e do esquecimento, mas é o próprio ato da declaração que estabelece os direitos como a base da nova República[49]. As assembleias

---

[45] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 153-154.

[46] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 153-154.

[47] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 103.

[48] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 103.

[49] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 106.

constitucionais, portanto, introduziram um novo tipo de poder legislativo e de lei positiva que, embora coercitiva, era baseada na afirmação de que se originava *da* e estabelecia *a* liberdade individual. A revolução, assim, foi legitimada ao reportar-se à autonomia natural dos indivíduos: seus direitos são descobertos pelo *insight* racional do *philosophe* francês ou pelo senso comum do homem de negócios norte-americano. Dessa forma, ambas precedem a nova ordem e são as criações legislativas dela. Seja por intermédio do contrato social fictício original ou por intermédio da derivação divina e do caráter óbvio dos direitos, o poder coercitivo do Estado é justificado por argumentos livremente inseridos ou por *insights* livremente vindos de indivíduos autônomos. As declarações, portanto, constroem uma nova república sob o pretexto de revelá-la ou descrevê-la. Em termos linguísticos ou de *ato de fala*, ensina Costas Douzinas[50], elas constituem afirmações performativas[51] disfarçadas de constatativas[52]. O texto, a *suprema expressão da vontade revolucionária*, age sobre o mundo e o transforma.

As declarações clássicas afirmam que os direitos humanos pertencem ao homem. A única precondição ontológica ou metodológica da filosofia moderna, porém, é a liberdade de vontade igualmente compartilhada, que existe de forma imaculada, anterior a qualquer predicado ou determinação. A *natureza autofundadora do homem moderno* significa que sua realidade empírica é construída a partir de direitos proclamados sob a condição de que são apresentados como suas prerrogativas eternas[53]. O homem, na personalidade jurídica abstrata em geral, precisa dessas afirmações exageradas a fim de ascender ao estágio histórico e suceder a Deus como a nova base do ser e do significado, e a natureza humana é inventada

---

[50] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 106.

[51] As afirmações performativas dizem respeito à linguagem compreendida como ação. O enunciado, portanto, realiza o ato, ex.: eu me desculpo; eu te batizo em nome do Pai, do Filho e do Espírito Santo.

[52] As afirmações constatativas têm relação com os enunciados que apenas descrevem um acontecimento. Assim, submetem-se ao critério de verificabilidade. Podem ser rotulados de verdadeiros ou falsos.

[53] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 106-107.

como uma justificativa retroativa para os direitos sem precedentes criados pelas declarações. Agora, o contrário também pode parecer igualmente válido, como explica Douzinas[54]: foi a Assembleia Nacional, representante da nação francesa, que proclamou o direito do homem. Ao fazer isso, conduziu o homem ao cenário mundial. A essência do homem, então, reside nesse ato de proclamação no qual ele linguisticamente afirma e politicamente legisla sem qualquer fundamento ou autoridade a não ser ele mesmo. A linguagem, assim, performa seu poder de fazer o mundo e estabelece um sistema político baseado em uma liberdade sem fundamento autorreferente. Por isso é que, ensina Douzinas[55],

> Está na natureza dos direitos humanos serem proclamados, pois não há qualquer humanidade histórica externa para garanti-los. No ato da proclamação, o "homem" não apenas reconhece, mas também afirma sua natureza como livre-arbítrio. A revolução é um ato de autofundação que, simultaneamente, estabelece o postulador do direito e o poder do legislador como o representante histórico de seu próprio construto para criar todo direito humano *ex nihilo*. A partir desse momento, uma nova declaração de direitos tem um elemento comum e imutável que ser refere ao "homem" ou natureza humana e torna legítimo o legislador e os conteúdos variáveis que abrem novas áreas de prerrogativa e livre atuação.

A segunda pergunta com relação às Declarações francesas seria: quem enuncia os direitos do homem e de quem, portanto, ele os recebe? As Declarações francesas, embora comecem sob os auspícios do *Ser Supremo* e com a ideia de que o homem é uma *criatura de Deus*, fazem-no com um sentido político, fundamentalmente: é o homem, ele mesmo, na sua universalidade, que se declara titular dos direitos que a sua natureza implica.

A terceira questão diz com o conteúdo e a hierarquia dos direitos: deve-se dar prioridade à igualdade ou à liberdade? Segundo Billier e

---

[54] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 106-107.

[55] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 107.

Maryioli[56], as Declarações francesas conferem mais importância à igualdade a par da liberdade. Nas suas evoluções, porém, tanto a Declaração Americana como as Declarações francesas dão lugar a uma oposição entre *direitos-liberdades* (*freedoms from*) e *direitos-créditos* (*freedoms to*). Os direitos- liberdades são direitos fundamentais do indivíduo, direitos às liberdades fundamentais, dirigidas contra a intromissão do Estado na esfera privada. Constituem a afirmação do primado da felicidade privada, da liberdade essencial do indivíduo para usufruir de si próprio. Os direitos-créditos, por sua vez, não são *direitos de*, mas *direitos a*. São créditos que o indivíduo pode ter, relativos às prestações que se julga no direito de esperar da coletividade para consigo. A formulação desses direitos-créditos, na história das Declarações, é posterior a dos direitos-liberdades. Aqui deve haver um papel ativo da esfera pública na realização das felicidades privadas e, consequentemente, da felicidade pública[57].

As Declarações francesas e americana do século XVIII pretenderam fundar sociedades políticas *artificiais*. Isso – e aqui vai corroborada a tese de Ben Shapiro - não é nada mais que a presença do construtivismo hobbesiano, em contraponto à ideia do direito natural antigo no sentido de que a cidade não é ordenada para cuidar de cada um de nós, mas para a existência de uma *comunidade natural*[58]. Por isso é que, segundo Billier e Maryioli[59], no que diz com o conteúdo das Declarações – tanto a dos Estados Unidos da América como as da França -, encontraremos nelas os grandes princípios do pensamento de Hobbes, Espinosa e Locke. E quais seriam eles?

O primeiro dos direitos do homem é o *direito à segurança*, um dos pilares da doutrina de Hobbes. O contrato social, em Hobbes, é uma

[56] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 154-155.

[57] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 155.

[58] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 157.

[59] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 159.

alienação salvadora porque preserva a segurança, ao passo que o estado de natureza seria a negação das liberdades por elas próprias e a ausência de qualquer segurança. O poder político, assim, não pode ter direito de vida ou de morte sobre os cidadãos; o poder não é uma propriedade e, portanto, a relação entre soberano e súdito não pode ser de dominação, não se exercendo, pois, pelo domínio, mas, sim, pela lei. E é para garantir o direito à segurança que é instaurado o Estado.

O segundo dos direitos inalienáveis do homem é o *direito à liberdade de consciência*, fundamento de todas as liberdades públicas[60]. O fim da organização em sociedade é a liberdade e, embora cada indivíduo renuncie ao seu direito de agir segundo a própria vontade, não aliena o seu direito de pensar e julgar (Espinosa). A ideia de liberdade de consciência, assim, não pode ser vista como um mero direito civil (*civil right*), mas como um fundamento da felicidade numa antropologia filosófica que enuncia que a felicidade humana deve ser digna do ser dotado de razão, ou seja, do ser humano.

O terceiro direito inalienável é o *direito de propriedade*[61]. Foi John Locke que, de forma clara, o enunciou como uma *extensão do direito à segurança*: se um homem tem o direito inalienável de se apropriar da sua vida como coisa sua, detém *a fortiori* o direito de se apropriar das coisas da natureza, mas não de outros homens, pois os homens não são coisas. É no *Segundo Tratado do Governo Civil* de 1690 que Locke explica que, na passagem do estado de natureza para o estado civil, os homens colocam nas mãos da sociedade os seus privilégios naturais, mas com a intenção de conservarem não só as suas pessoas e as sua liberdades, mas, também, as suas propriedades. Para Locke[62], a propriedade existe claramente no

---

[60] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 160.

[61] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 161-162.

[62] Uma boa síntese das ideias e um conjunto razoável de textos escolhidos de John Locke podem ser encontrados em MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Organizador). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 1. v. 13. ed. 3. impressão. São Paulo: Ática, 2000 (Série Fundamentos 62), p. 79-110.

estado da natureza, que é um estado de *estabilidade*, e não de *instabilidade total* como pensa Hobbes. No estado de natureza pensado por Locke as necessidades humanas harmonizam-se naturalmente com as produções da natureza. A legitimidade da propriedade, em grande parte, assenta-se na ideia de trabalho: o que o homem produz lhe pertence. A ideia das Declarações é a de que a propriedade é uma extensão e uma expressão do direito natural, tornando-se, assim, o proprietário, na França, a própria imagem que a Revolução faz do direito. O que proclama a propriedade privada, assim, é a existência de uma esfera de direito do indivíduo: possuir um bem simboliza, para o indivíduo, a *posse da sua própria pessoa*. De certa maneira, a ideia do direito pessoal torna-se, então, compreensível para todos, despertando sentimentos que cada um experimenta em si. O que afirma a ideia de propriedade, ensinam Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli[63], é o *direito a uma concepção privada da felicidade* e a uma *proteção desta contra as possíveis intrusões do Estado*.

4. Algumas considerações sobre os artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), aprovada em 26 de agosto de 1789, é aberta com o seguinte preâmbulo:

> Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as

---

[63] BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 162.

> reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.
> Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Em seguida, vêm, então, os artigos da declaração dispondo (logo após a referência de alguns dos artigos faço brevíssimos comentários):

> Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Comentário: neste artigo, a doutrina do pensamento jusnaturalista sobre a liberdade originária do homem e sobre a ilicitude de discriminações de *status* foi formalmente traduzida numa *fórmula jurídica*[64]. Esse artigo, reproduzido quase que literalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, afirmando que todos os homens nascem iguais em direitos e em dignidade, pode ser considerado, todavia, uma *grande falácia*[65]. É que as pessoas não nascem iguais, mas totalmente desiguais. Como explica Douzinas[66], assim que o menor material empírico ou histórico é introduzido na natureza humana abstrata, assim que passamos de declarações a pessoas corporificadas concretas, com gênero, raça, classe e idade, *a natureza humana com sua igualdade e dignidade sai de cena rapidamente*. Embora a declaração seja falsa, a distância entre sua realidade inexistente e sua futura aplicação é o espaço onde os direitos humanos se desenvolvem. E, nesse sentido, *direitos humanos são uma mentira do presente que pode ser parcialmente verificada no futuro*. É bem verdade que, segundo Condorcet e alguns filósofos pré-revolucionários, os direitos naturais pertencem ao homem abstrato porque são *derivados* da natureza do

---

[64] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 307.

[65] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 110.

[66] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 110.

homem, definido como *ser sensível*, capaz de raciocinar e ter ideias morais. O problema, segundo Douzinas[67], é que, depois que o sexo, a cor e a etnia foram acrescentados, essa abstrata natureza humana descorporificada adquiriu uma forma muito concreta: a do *homem branco e dono de propriedades*. Para Costas Douzinas, portanto, os homens representavam a humanidade porque sua razão, sua moralidade e sua integridade faziam deles uma imagem exata do homem das declarações. Comparados, então, com esse protótipo de humanidade, os sentimentos fugazes e as tendências naturais das mulheres impediam a sua capacidade de estar à altura do protótipo de indivíduo. E quaisquer divergências biológicas, psicológicas ou sociais do modelo masculino eram, portanto, interpretadas como deficiências e sinais de inferioridade[68]. Por isso, os dias que se seguiram à Revolução Francesa foram alguns dos dias *mais negros* na história das mulheres (Nicole Arnaud-Duc). A *natureza feminina*, nas palavras de Douzinas, ficou aprisionada entre a *éternelle malade*, de Michelet, e a *mulher histérica*, de Charcot, e foi definida como reservada e prática; sua vocação delicada, frágil e emocional indispensável para as tarefas domésticas, porém totalmente incompatível com o exercício de direitos políticos e legais. Em outubro de 1793, o representante da Convenção, Fabre d'Eglantine, denunciou mulheres que reivindicavam seus direitos de cidadania ao invés de se ocuparem de cuidar de suas tarefas, de mães inseparáveis de seus filhos ou de garotas que trabalham para seus pais e cuidam de suas irmãs menores[69].

> Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

---

[67] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 110-111.

[68] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 110-111.

[69] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 111.

Comentário: neste dispositivo, fica patente a influência de John Locke[70]. A natureza humana e o desejo são direcionados a objetos, às coisas que satisfazem os desejos do homem. A *carne e a bebida*, escreve Douzinas[71] ao explicar Locke, podem ser usadas apenas se ingeridas, apenas se forem apropriadas pelo indivíduo. Da mesma forma, os elementos essenciais à autopreservação e à felicidade podem ser apropriados a fim de satisfazer o direito devorador do homem. O direito de propriedade fundamenta-se na posse natural que cada homem tem de seu corpo e suas habilidades, seu trabalho e sua produção. Sempre que produz algo com seu próprio trabalho, o homem adiciona ao objeto uma parte de si mesmo e adquire direitos de propriedade sobre ele. O homem já tem em si mesmo o fundamento da propriedade, pois ele é senhor de si mesmo e proprietário da sua pessoa, das suas ações e do seu trabalho. No estado de natureza, o homem pode apropriar-se com seu trabalho apenas daquilo que é útil e necessário para sua autopreservação e felicidade, devendo evitar o desperdício desnecessário. O que ocorreu, porém, após o contrato social e a invenção do dinheiro, foi que as restrições sobre o direito de propriedade tornaram-se flexíveis, fazendo com que o homem, agora, de forma lícita, possa possuir mais do que é capaz de fazer uso.

A introdução da moeda, portanto, clareia o fato, exposto por Locke[72], de que os homens concordaram com a posse desigual e desproporcional da terra, tendo encontrado, por um consentimento tácito e voluntário, um modo pelo qual alguém pode possuir com justiça mais terra que aquela cujos produtos possa usar. A lei civil, assim, permite ao indivíduo possessivo acumular a propriedade e o dinheiro que desejar, pois o acúmulo de capital funciona para o bem comum. Daí se segue que o fim maior e

---

[70] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 307.

[71] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 96-97.

[72] MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Organizador). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 1. v. 13. ed. 3. impressão. São Paulo: Ática, 2000 (Série Fundamentos 62), p. 79-110.

principal para os homens se unirem em sociedades políticas e se submeterem a um governo é a conservação de sua propriedade, sendo o capitalismo correto e justo porque o homem natural é o senhor absoluto da sua própria pessoa e de suas posses[73].

Em Locke, no que diz com as relações entre o governo e a sociedade, quando o executivo ou o legislativo violam a lei estabelecida e atentam contra a propriedade, o governo deixa de cumprir o fim a que fora destinado, tornando-se ilegal e degenerando em tirania, que é o exercício do poder para além do direito, visando ao interesse próprio, e não ao bem público ou comum. Assim, a violação deliberada e sistemática da propriedade (vida, liberdade e bens) e o uso contínuo da força sem amparo legal colocam o governo em *estado de guerra* contra a sociedade e os governantes em *rebelião* contra os governados, conferindo, então, ao povo o legítimo direito de resistência à opressão e à tirania. O estado de guerra imposto ao povo pelo governo configura, pois, a dissolução do estado civil e o retorno ao estado de natureza, onde a inexistência de um árbitro comum faz de Deus o único juiz. Noutras palavras, esgotadas todas as alternativas, o impasse só poderá ser decidido pela força. Como explica Leonel Itaussu Almeida Mello[74], a doutrina da legitimidade da resistência ao exercício ilegal do poder reconhece ao povo, quando este não tem outro recurso ou a quem apelar para sua proteção, o direito de recorrer à força para a deposição do governo rebelde. O direito do povo à resistência, assim, é legítimo tanto para defender-se da opressão de um governo tirânico como para se libertar do domínio de uma nação estrangeira.

---

[73] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 96-97.

[74] MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Organizador). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 1. v. 13. ed. 3. impressão. São Paulo: Ática, 2000 (Série Fundamentos 62), p. 87-88. Veja-se que a doutrina do direito de resistência não era recente e sua origem remontava às guerras de religião, quando os escritores políticos calvinistas, denominados *monarcomaci*, conclamavam o povo a resistir aos atos ilegais dos príncipes católicos. Resgatada e revalorizada por Locke no *Segundo tratado*, a doutrina do direito de resistência transformou-se no fermento das revoluções liberais que eclodiram depois na Europa e na América. MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Organizador). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 1. v. 13. ed. 3. impressão. São Paulo: Ática, 2000 (Série Fundamentos 62), p. 88.

> Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Comentário: aí está a concepção rousseauniana, vinculando e identificando soberania, Estado e nação, em contraponto ao princípio da soberania submetida ao soberano[75]. Rousseau propõe o exercício da soberania pelo povo como condição primeira para a sua libertação. Por isso os protagonistas da Revolução de 1789 o elegerão como o *patrono da Revolução*, o *primeiro revolucionário*[76]. Aliás, segundo Gertrude Himmelfarb[77], é possível que o pronunciamento do abade Sieyès em *O que é o terceiro Estado? – A nação vem antes de todas as coisas. É a fonte de tudo. Sua vontade é sempre legal; é verdadeiramente a própria lei* – tenha sido cunhado por Rousseau. Himmelfarb lembra também que as primeiras sessões da Assembleia Nacional, em 1789, foram dedicadas a esboçar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que incluía referências ao contrato social tomadas quase literalmente do livro de Rousseau[78].

> Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

---

[75] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 307. Como se pode verificar em *O Contrato Social*, no capítulo VII – Do Soberano -, o soberano existe pela integridade do contrato social. Ele não pode obrigar-se, mesmo em relação a outrem, a nada que derrogue esse ato primitivo, como alienar uma parte de si mesmo ou submeter-se a outro soberano. NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Organizador). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 1. v. 13. ed. 3. impressão. São Paulo: Ática, 2000 (Série Fundamentos 62), p. 187-241.

[76] NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Organizador). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 1. v. 13. ed. 3. impressão. São Paulo: Ática, 2000 (Série Fundamentos 62), p. 194.

[77] HIMMELFARB, Gertrude. Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 238.

[78] HIMMELFARB, Gertrude. Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 238.

> Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

> Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Comentário: aqui aparece à referência à *vontade geral* de Rousseau, que se liga ao reconhecimento da representação política que Rousseau havia negado, sem, contudo, renunciar a formas de democracia direta. Também é afirmado o princípio meritocrático relativo à nomeação para os cargos públicos, negando, assim, qualquer barreira de classe[79].

> Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

> Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

> Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

---

[79] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 307. Sobre o povo soberano como agente do processo de elaboração das leis e aquele que obedece a essas mesmas leis, consulte-se: NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Organizador). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 1. v. 13. ed. 3. impressão. São Paulo: Ática, 2000 (Série Fundamentos 62), p. 196.

Comentário: essa série de artigos – do art. 7º ao 9º - dispõe sobre a liberdade pessoal e adota as ideias de Montesquieu, Beccaria e Voltaire sobre os princípios da legalidade, irretroatividade da pena e presunção de inocência do acusado até a condenação; sobre o processo estabelecido pela lei como condição para acusação, prisão ou detenção do cidadão.

> Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Comentário: essa *fórmula*, explica Antonio Padoa Schioppa[80], é o fruto de um debate no qual a versão originária do projeto, que enunciava o princípio da tolerância religiosa, foi contestada por Mirabeau e por outros constituintes por ser demasiado redutiva e potencialmente restritiva da liberdade de culto, de modo que se limitou a fazer referência ao limite da ordem pública legislativamente determinado. No preâmbulo se havia declarado que o texto era estabelecido *na presença e sob os auspícios do Ser Supremo*, uma fórmula que permitia reunir os sufrágios dos católicos – os membros do clero constituíam ¼ dos 1.155 deputados da Assembleia – e dos deístas, seguidores da religiosidade não confessional, na esteira de parte dos iluministas.

> Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

> Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

> Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

---

[80] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 308.

> Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Comentário: em ambos os artigos, 13º e 14º, é explícita a afirmação da necessidade de que os tributos sejam determinados por todos os cidadãos, diretamente ou por meio de seus representantes, de acordo com suas possibilidades, acatando, assim, o *princípio da proporcionalidade dos impostos*[81].

> Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

> Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Comentário: A estrutura da nova constituição política é ligada à proteção da liberdade dos indivíduos e à negação da legitimidade constitucional do regime absolutista, exigindo, então, a separação entre as autoridades destinadas a legislar, governar e julgar, em acordo com Locke e Montesquieu[82].

> Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

Comentário: aqui, o direito de propriedade, que é um direito inalienável, é considerado inviolável e sagrado. Seu único limite é constituído pela expropriação na forma do dispositivo referido. Juntamente com a vida e a liberdade, a propriedade, na qualidade de direito inalienável do

---

[81] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 307-308.

[82] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 308.

indivíduo, constitui para Locke o cerne do estado civil. Por isso, ele é considerado o *pai do individualismo liberal*. Por meio dos princípios de um direito natural preexistente ao Estado, de um Estado baseado no consenso, de subordinação do poder executivo ao poder legislativo, de um poder limitado, de direito de resistência, Locke expôs as diretrizes fundamentais do Estado liberal (Bobbio). Locke forneceu *a posteriori* a justificação moral, política e ideológica para a Revolução Gloriosa e para a monarquia parlamentar. Também influenciou a revolução norte-americana, onde a declaração de independência foi redigida e a guerra de libertação foi travada em termos de direitos naturais e de direito de resistência para fundamentar a ruptura com o sistema colonial britânico. Locke, como referido, influenciou ainda os filósofos iluministas franceses, em especial Voltaire e Montesquieu, e, por meio deles, a Revolução Francesa de 1789 (a *Grande Revolução*) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Com a Grande Revolução, as ideias *inglesas*, que haviam atravessado o Canal da Mancha e estabelecido uma cabeça de ponte no continente, transformaram-se, então, nas ideias *francesas* e se difundiram por todo o Ocidente[83].

5. Considerações conclusivas

O modelo da Declaração Francesa de 1789 é um modelo *individualista* porque ressalta a liberdade proclamada como um direito do indivíduo, um direito do homem enquanto tal[84]. É bem verdade que as escolhas realizadas pelos constituintes, por vezes, mostram-se não coerentes com os enunciados de princípio da Declaração. Muitos artigos são fruto de compromissos de última hora entre tendências divergentes surgidas no decorrer da discussão. Também algumas afirmações sobre a vontade geral

[83] MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Organizador). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 1. v. 13. ed. 3. impressão. São Paulo: Ática, 2000 (Série Fundamentos 62), p. 88-89.

[84] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 308.

e sobre a lei como sua expressão podiam – como até hoje acontece - ser utilizadas e manipuladas para legislar contra a liberdade e a segurança em nome da liberdade e segurança. Tudo isso, porém, segundo Schioppa, não negaria uma verdade: que os enunciados de princípio inseridos na Declaração têm um *valor universal* que, na história, acabaria vindo a se impor, ainda que por via de um caminho longo e conturbado[85]. Apesar das críticas que são feitas à Declaração Francesa de 1798 – em especial as de Shapiro e Douzinas, com quem concordo -, penso também ser possível concordar, ainda que em parte, com Schioppa e com Himmelfarb; esta, em especial, no que diz com a influência do Iluminismo francês no movimento revolucionário[86] e as consequências que de aí advieram. De fato, o impacto da Declaração Francesa foi profundo. Não é sem razões que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, seguiu de perto a Declaração Francesa, em essência e em forma[87]. No ano de 2018, aliás, celebrou-se o aniversário de 70 anos da

---

[85] SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 309. Um exemplo do que Schioppa afirma é constituído pelos direitos políticos. A Declaração implica o princípio democrático em sentido pleno e coerente, incluindo o sufrágio universal, afirmando solenemente que todos os homens são iguais em direitos, sem distinguir entre direitos públicos e privados, e que o direito de contribuir para a formação da lei cabe a todos os cidadãos. A discussão sobre os requisitos necessários para o exercício do sufrágio nas eleições locais e nacionais levou, porém, a um resultado distinto: os cidadãos foram divididos em duas categorias, só podendo votar os chamados cidadãos ativos, assim denominados com base no censo, distinguidos dos cidadãos passivos. Assim, só quem pagava um imposto igual a pelo menos três dias de trabalho por ano possuía o eleitorado ativo. Já para o passivo era exigido que o imposto atingisse pelo menos dez dias de trabalho, e para a Câmara legislativa ainda mais.

[86] Gertrude Himmelfarb chama atenção para o fato de que não se pode, sem cometer injustiça, atribuir ao Iluminismo a responsabilidade por *todos os atos ou delitos da Revolução*, ainda que tenha havido ecos inegáveis dos *philosophes*, especialmente de Rousseau, em todos os estágios. HIMMELFARB, Gertrude. Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 238. Himmelfarb, porém, não defende a ideia de que a Revolução Francesa tenha sido uma *revolução social*. Em suas palavras: *Uma visão alternativa da Revolução realça a ideia de uma natureza humana regenerada, vendo os eventos como uma profunda revolução social. Para Hannah Arendt, a Revolução "nasceu da compaixão" pelas "pessoas de camadas inferiores", les misérables. Articulada primeiramente por Rousseau, e levada a cabo por seu discípulo Robespierre, essa "paixão pela compaixão" culminou inevitavelmente no Terror, pois a compaixão respondia apenas à "necessidade, às urgentes necessidades do povo", não deixando espaço para lei ou governo, para liberdade ou mesmo para razão. Essa é uma leitura comovente, mas, creio eu, fantasiosa da história. A Revolução Francesa não foi uma revolução social, e o Terror foi instituído não por compaixão para com os pobres, mas por propósitos de "segurança pública", a segurança do regime. Le peuple, em cujo nome Robespierre estabeleceu a república, não era o povo no sentido ordinário, ainda menos les misérables, mas um povo singular e abstrato, representado por uma vontade geral apropriadamente singular e abstrata*. HIMMELFARB, Gertrude. Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 241-242.

[87] DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 99.

Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. E, depois, no de 2019, o de 230 anos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A celebração de tais aniversários deveria servir para a convocação de uma reflexão sobre o *bom* e o *mau* de tais declarações, sobre os avanços e retrocessos na efetivação de tais direitos, na medida em que na sociedade global o âmbito de proteção avança de forma ambígua e precária, sempre se encontrando sujeita a retrocessos, numa espécie de *opacidade*[88] provocada, notadamente, pela semântica da globalização. Apesar de tudo, a humanidade pode ter, digamos assim, o que *comemorar*, mormente pelo fato de que a Declaração Francesa de 1789, entre o terror, a negação da tradição e a afirmação de voluntarismos, acabou dando impulso à Declaração Universal dos Direitos Humanos, sua sucessora, que, por sua vez, deu um impulso fundamental para o desenvolvimento de um Direito internacional do homem, inspirando um conjunto de pactos, convenções universais e regionais em diversos continentes. O patrimônio histórico de tais declarações é, assim, um legado em termos de consolidação constitucional dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e de governança global, constituindo, pois, a tradição histórica do Estado de Direito, em que pese os direitos do homem continuarem sendo violados, em especial nas zonas de conflitos e em estados totalitários. Ainda que direitos em sentido amplo – neles incluídos, portanto, os direitos humanos – possam ser havidos, no presente, como uma *mentira* (Douzinas), podem, no futuro, vir a ser parcialmente verificados, tornando-se, assim, uma *verdade*.

[88] A *opacidade do direito*, em poucas palavras, significa que o sistema de direitos, notadamente pela pobreza e marginalidade, não incide no vivenciar das pessoas, seja pelo completo desconhecimento de seus direitos, seja por falta de acesso ao sistema jurídico. CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006, p. 47.